

University of Groningen

De verplaatsing van schade en kosten die voortvloeien uit het strafproces

Kwakman, N.J.M.

Published in:
Groninger Opmerkingen en Mededelingen

IMPORTANT NOTE: You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.

Document Version
Final author's version (accepted by publisher, after peer review)

Publication date:
2001

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

Citation for published version (APA):

Kwakman, N. J. M. (2001). De verplaatsing van schade en kosten die voortvloeien uit het strafproces: Een historisch overzicht. *Groninger Opmerkingen en Mededelingen*, XVIII, 53-145.

Copyright

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

The publication may also be distributed here under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license. More information can be found on the University of Groningen website: <https://www.rug.nl/library/open-access/self-archiving-pure/taverne-amendment>.

Take-down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.

De verplaatsing van schade en kosten die voortvloeien uit het strafproces

Een historisch overzicht

Inleiding

De vraag in hoeverre schade uit rechtmatig strafvorderlijk of strafrechtelijk overheidsoptreden behoort te worden vergoed, is recentelijk weer actueel geworden. Op 30 maart 2001 heeft de Hoge Raad zich, op verzoek van de Staat, (opnieuw) over deze vraag moeten uitspreken.¹

De Staat had, als eiser in cassatie, in de schriftelijke toelichting bij het cassatieberoep aan de HR de vraag voorgelegd “of en zo ja, onder welke voorwaarden en binnen welke grenzen, derden die schade lijden ten gevolge van rechtmatig strafrechtelijk optreden, aanspraak kunnen maken op vergoeding van die schade”.

De HR stelde onder meer, dat het feit dat een overheidshandeling rechtmatig is, er niet aan in de weg staat dat het daarbij toebrengen van schade onrechtmatig kan zijn. In overweging 3.8 verwijst de HR in dat verband onder andere naar art. 3:4 lid 2 Awb, dat (mede) betrekking heeft op het beginsel ‘égalité devant les charges publiques’ (zie onder): “Eén van de verschijningsvormen van het gelijkheidsbeginsel is de regel dat de onevenredig nadelige – dat wil zeggen buiten het normale maatschappelijke risico vallende, op een beperkte groep burgers of instellingen drukkende – gevolgen van een overheidshandelen of overheidsbesluit niet ten laste van die beperkte groep behoren te komen doch gelijkelijk over de gemeenschap dienen te worden verdeeld. (...) Uit deze regel vloeit voort dat het toebrengen van zodanige onevenredige schade bij een op zichzelf rechtmatige overheidshandeling als de onderhavige huiszoeking jegens de getroffen onrechtmatig is. In zoverre levert een door de rechtbank verleend verlof tot het doen van huiszoeking dus geen rechtvaardigingsgrond op voor het toebrengen van schade.” De redenering komt er in het kort op neer, dat het niet vergoeden van schade onrechtmatig kan zijn op grond van het ‘égalité-beginsel’ en daarmee een verplichting tot het vergoeden van die schade in het leven roept.

Het is de vraag of de Hoge Raad daarmee de duidelijkheid heeft verschaft waar de Staat om had verzocht. Aan de uitspraak zijn, behoudens de overwegingen die betrekking hebben op de grondslag voor de schadevergoeding, geen concrete aanwijzingen te ontleen waaruit kan worden afgeleid onder welke voorwaarden en binnen welke grenzen derden die schade lijden tengevolge van rechtmatig strafrechtelijk overheidsoptreden, aanspraak kunnen maken op vergoeding van die schade.

Met dit arrest is een nieuw hoofdstuk toegevoegd aan de ontwikkelingen die zich de afgelopen decennia op dit terrein hebben afgetekend op het snijvlak van het civiele recht en het publiekrecht.

¹ HR 30 maart 2001, zaaknr. C00/083HR (ELRO-nummer AB0801; JOL 2001, 214) en RvdW 2001, 71. Zie ook de Staatscourant, nr. 71, 10 april 2001, p. 3.

Wat dat laatste betreft kan in de eerste plaats worden gewezen op de – volgens sommigen² – enigszins wonderlijke constructies waarvan de Hoge Raad zich de laatste tijd pleegt te bedienen teneinde ‘slachtoffers’ van rechtmatig overheidsoptreden schadeloos te kunnen stellen, ondanks dat het gesloten stelsel van verbintenissen uit de wet daarvoor geen ruimte lijkt te bieden.³ Het begrip ‘onrechtmatige daad’ wordt daarbij zodanig opgerekt, dat de rechtmatige overheidsdaad onder de werkingssfeer van het civiele aansprakelijkheidsrecht kan worden gebracht voorzover publiekrechtelijke schadevergoedingsconstructies niet voorzien in een passende schadeloosstelling.⁴

In de tweede plaats kan worden gewezen op een ontwikkeling die daarmee verband houdt: het beginsel ‘égalité devant les charges publiques’ (gelijkheid voor publieke lasten)

² Vgl. o.a.: J.L. de Wijkerslooth, ‘Het recht gaat aan constructies ten onder’, in *RM Themis* 1993/7, p. 316-324; D.R. Doorenbos, ‘Schadevergoeding na strafvorderlijk overheidsoptreden; de eigen richting van de civiele rechter’, in *DD* 1991; no 21, p. 453-464; J. Dekker, ‘De overheidsaansprakelijkheid voor schade veroorzaakt door achteraf bezien ten onrechte toegepaste strafvorderlijke dwangmiddelen’, in *AA* 1995-10, p. 748-754; P.J.H.M. Brouns, ‘Dwangmiddelen en schadevergoeding’, in *NJB* 1991, no 34, p. 1372-1377.

³ Zie voor schadevergoeding in verband met strafvorderlijk overheidsoptreden, naast het in noot 1 geciteerde arrest, voorts enkele oudere arresten, zoals HR 16 januari 1990, NJ 1990/794 (Staat-Bekkers) en vooral de noot van Bloembergen daarbij, en HR 23 november 1990, NJ 1991/92 (Staat-Joeman). In die arresten stelde de HR, zakelijk weergegeven, dat hoewel strafvorderlijk overheidsoptreden ten tijde van de toepassing van dwangmiddelen rechtmatig mag zijn omdat aan de wettelijke regels is voldaan, dit optreden achteraf bezien toch onrechtmatig kan worden geacht omdat het achteraf ongefundeerd blijken van de aanvankelijke rechtvaardigingsgrond het (politie)optreden, voor zover dat schade heeft veroorzaakt, alsnog onrechtmatig maakt. Dat brengt met zich dat de Staat is gehouden de daardoor veroorzaakte schade te vergoeden, omdat die moet worden aangemerkt als door zijn schuld veroorzaakt aangezien de Staat rekening had te houden met het achteraf ongefundeerd blijken van de rechtvaardigingsgrond. Zie voorts HR 29 april 1994, NJ 1995/727 en HR 23 december 1994, NJ 1995/512. Dat ook de ARRS zich bediende van ‘wonderlijke’ constructies teneinde zich te kunnen uitspreken over het recht op schadevergoeding in verband met bestuursrechtelijk overheidsoptreden, kan worden geïllustreerd aan de hand van de uitspraken (en de noten daarbij): ARRS 29 november 1996, JB 1996/253; ARRS 18 februari 1997, JB 1997/47 en ARRS 6 mei 1997, JB 1997/118 (Van Vlodrop). Deze uitspraken hebben betrekking op het leerstuk ‘zelfstandig schadebesluit’.

⁴ O.a. De Wijkerslooth keurde deze ontwikkeling af: “Laten we er geen doekjes om winden. Als de Nederlandse rechtsgemeenschap van mening is dat in bepaalde gevallen van rechtmatig overheidsoptreden rechtens een vergoeding dient te volgen voor geleden schade, dan behoort die opvatting ook in rechte te worden erkend. Is men (...) van opvatting dat het burgerlijk recht daarvoor geen ruimte biedt, dan behoort de uitweg niet te zijn dat men omwille van het resultaat steeds ingewikkelder constructies in de sfeer van de onrechtmatige daad op elkaar stapelt.” Zie a.w., p. 324. Dat dergelijke opvattingen niet nieuw zijn blijkt uit een citaat ontleend aan Scholten: “Noodig voor een goede ontwikkeling in deze richting zal het evenwel zijn, dat het verbintenissenrecht zich losmaakt van het tegenwoordige systeem, dat in navolging nog van de Instituten (III, 13) alleen obligationes ex contractu en ex delicto erkent, en al wat daar niet onder behoort, daar toch door de gewrongen constructie van quasi contract en quasi delict onder brengt.” Zie P. Scholten, *Schadevergoeding buiten overeenkomst en onrechtmatige daad*. Amsterdam 1899, p.151.

VERPLAATSING VAN SCHADE EN KOSTEN

is steeds prominenter de aansprakelijkheidsverhouding tussen overheid en burgers gaan beheersen.⁵ Omdat in de rechtspraak in toenemende mate een beroep werd gedaan op dit beginsel⁶, maar het tegelijkertijd ontbrak aan enig concreet houvast voor de vraag in hoeverre daaruit een recht op schadecompensatie voortvloeide, is er bij de wetgever van verschillende zijden op aangedrongen dit beginsel, en een daarop geënte bestuurscompensatieregeling, van een expliciete wettelijke basis te voorzien in de Awb.⁷ De regering zegde toe te overwegen dienaangaande een regeling op te nemen in de 4^e Tranche van de Awb⁸, maar het ziet er naar uit dat het daar voorlopig niet van komt.

Ten slotte kan nog worden vastgesteld dat de huidige schadevergoedingsregelingen in het Wetboek van Strafvordering aan discussie onderhevig zijn. Het strafprocesrecht kent geen algemene regeling voor de vergoeding van schade tengevolge van strafvorderlijk overheidsoptreden. Slechts voor enkele bijzondere vormen van schade zijn in het Wetboek van Strafvordering speciale voorzieningen getroffen. De bekendste zijn de schadevergoedingsregeling in verband met de voorlopige hechtenis (art 89 e.v. Sv), de proceskostenvergoedingsregeling (art. 591, 591a en 592a Sv) en de kostenvergoedingsregeling in verband met bevelen tot uitlevering of overbrenging van voorwerpen (art. 592 Sv).⁹ Wat betreft andere vormen van schade, zoals bijvoorbeeld schade in verband met een inbeslagneming,¹⁰ een huiszoeking, een verdwaalde politiekogel of het met geweld binnentreden door een arrestatieteam, lijkt de gedupeerde (verdachte of derde) met lege handen te staan, tenzij het overheidsoptreden of het weigeren van een schadevergoeding in de sleutel van de onrechtmatige daad kan worden gezet. In dat geval kan de gedupeerde de civiele rechter inschakelen en een (kostbare) actie uit onrechtmatige daad beproeven. Afgezien daarvan zijn gedupeerden aangewezen op ‘beleidsmatige’ vergoedingen door regionale politiekorpsen of het departement, die indirect – via de

⁵ Vgl. ARRS 6 mei 1997, JB 1997/118 (Van Vlodrop). Het beginsel zou besloten liggen in art. 3:4 lid 2 Awb.

Zie ook Kamerstukken II, 1988/89, 21221, no. 3, p. 70 en 1990/91, 21221 no. 5, p. 56-58.

⁶ Zie de hierboven geciteerde HR-uitspraak van 30 maart 2001, nr. C00/083HR.

⁷ Vgl. o.a. P.J.J. van Buuren, ‘Nadeelcompensatie in de Awb’, in J.L. Boxum e.a. (red.), *Aantrekkelijke gedachten; beschouwingen over de algemene wet bestuursrecht*, Deventer 1993, p. 91-108 en met name p. 102-104. Van Buuren doet aan het slot van zijn betoog zelfs een uitgewerkt voorstel voor een wettelijke regeling.

⁸ Zie Kamerstukken II, 1994/95, 23700, no 5, p. 66-67. Zie ook o.a. P. van Buuren, ‘Awb-notities (16); Nadeelcompensatie’, in *NJB*, 28 april 1995, p. 637-638 en G. Knigge, ‘De verkalking voorbij; over de verhouding van het strafrecht tot het bestuursrecht’, in *RM Themis* 2000/3, p. 90.

⁹ Zie voor schade en kosten in verband met opgelegde straffen en maatregelen de artt. 33c, 35, 36b Sr.

¹⁰ Over de vraag of uitbetaling ex art. 119 lid 2 Sv (betreffende de betaling van de prijs die de o.g.v. art. 117-2 of 118-3 vernietigde of vervreemde voorwerpen redelijkerwijs zouden hebben opgebracht) moet worden beschouwd als zaaksvervanging dan wel (tevens) als schadevergoeding, kan men van mening verschillen. Vgl. HR 19 mei 2000; NJ 2000/603 m.nt. HJS. Zie met name de noot, par. 2 c.

algemene beginselen van behoorlijk bestuur – wel een zeker rechtskarakter hebben, maar voor het overige geen juridische basis hebben¹¹ en sterk afhankelijk zijn van politieke en vooral budgettaire afwegingen.¹² In het bijzonder vanwege het ontbreken van een algemene wettelijke schadevergoedingsregeling voor verdachten en derden die onverwijtbaar de dupe zijn geworden van strafvorderlijke dwangmiddelen (afgezien van de preventieve hechtenis), vragen sommigen zich af of het stelsel van schadevergoedingen in het kader van het strafproces niet aan een herijking toe is.¹³

Mede op herhaaldelijk aandringen van de Nationale Ombudsman¹⁴ heeft de regering aangekondigd een wetsontwerp ‘Schadevergoeding Dwangmiddelen’ te zullen voorbereiden.¹⁵ Echter, naar het zich laat aanzien zal ook die regeling nog wel even op zich laten wachten, onder meer vanwege de (financiële) consequenties die daar aan vast lijken te zitten.

Het ziet er dan ook naar uit dat de kwestie ‘bestuurscompensatie’ (zowel in de bestuursrechtelijke als in de strafprocesrechtelijke sfeer) zich vooralsnog verder zal (moeten) uitkristalliseren in de rechtspraak alvorens de wetgever zich er over uit zal spreken.

Het behoeft geen betoog dat de boven beschreven ontwikkelingen zijn ingebed in een maatschappelijke en historische context. Hieronder zal worden getracht de historische dimensie van met name de kwestie ‘schadecompensatie in het kader van het strafproces’ bloot te leggen en te ontrafelen en na te gaan of daaraan aanwijzingen en inzichten zijn te ontleen die een bevredigende oplossing van dit onlangs weer actueel geworden vraagstuk dichterbij kunnen brengen. Met het oog daarop zal onder meer worden onderzocht aan de hand van welke afwegingen de wetgever in het verleden heeft besloten bepaalde vormen van schade tengevolge van strafvorderlijk overheidsoptreden wel te vergoeden en andere niet. Het spreekt welhaast vanzelf dat een antwoord op deze vraag in de eerste plaats moet worden gezocht in de beraadslagingen van de wetgever van 1926.¹⁶ Echter, de inzichten van de wetgever die aan wetgeving ten grondslag liggen, hangen niet in het luchtledige. Dat geldt ook voor de ‘rationes pro en contra’ die uiteindelijk hebben geresulteerd in de

¹¹ Zie par. 1.

¹² Zie het onder noot 1 genoemde arrest, en met name de conclusie van A.G. Langemeijer par. 2.1: “...Gepubliceerd beleid ontbreekt evenwel; het feitelijk gevoerde beleid wisselt (volgens de Staat (NK)).”

¹³ Vgl. Y. Buruma, ‘De derde in het strafprocesrecht’, in AA mei 1997 (themanummer ‘De derde in het recht’), p. 108-110.

¹⁴ Zie jaarverslagen NO, o.a. Kamerstukken II, 1995/96, 24635, nrs. 1-2, p. 35 onder c.; Kamerstukken II, 1996/97, nrs. 1-2, p. 167; Kamerstukken II, 1997/98, nrs. 1-2, p. 175; Kamerstukken II, 1998/99 nrs. 1-2, p. 177.

¹⁵ Zie justitiebegroting Kamerstukken II 1999-2000, 26800 hoofdstuk VI, nr. 3, p. 10.

¹⁶ Het huidige Wetboek van strafvordering stamt, behoudens een aantal partiële wijzigingen, uit 1926.

VERPLAATSING VAN SCHADE EN KOSTEN

wettelijke schadeverplaatsingsconstructies¹⁷ in het Wetboek van Strafvordering van 1926. Deze rationes pro en contra zijn voor een belangrijk deel ontleend aan rechtsgeleerde geschriften uit die tijd. Ze bouwen daarnaast voort op de gedachtewisseling in het kader van de concipiëring van eerdere codificaties en wetsontwerpen die de aanloop vormden tot het Wetboek van Strafvordering van 1926. Voor een goed begrip van de opvattingen van de wetgever van 1926 zal dan ook aandacht worden besteed aan de voorgeschiedenis en de rechtsgeleerde opvattingen uit die tijd ter zake van deze kwestie.

De opzet van het onderzoek is als volgt. Aan de hand van een beschrijving van de gedachtewisselingen die de opmaat vormden tot de schadeverplaatsingsconstructies in het Wetboek van Strafvordering van 1926, zal een inventarisatie worden gemaakt van de toentertijd belangrijkste argumenten en opvattingen betreffende de vraag welke partij de kosten van het strafproces of de schade tengevolge van strafvorderlijk overheidsoptreden behoorde te dragen.¹⁸ Tevens zullen de geïnventariseerde argumenten worden geanalyseerd. Dat wil in dit geval zeggen: herleid tot een aantal hoofdcategorieën van ideologische waarden, beginselen en theorieën (tezamen vormend het algemene rechtsgevoel of rechtsbewustzijn) die destijds een rol hebben gespeeld bij de rechtspolitieke keuzes met betrekking tot deze kwestie.¹⁹ Aan de hand van deze inventarisatie zal worden nagegaan welk relatief gewicht in de loop van de tijd aan deze ideologische waarden en beginselen is toegekend, en welke consequenties dat heeft gehad voor de rechtspolitieke keuzes met betrekking tot schadeverplaatsingsvraagstukken in de verschillende stadia van wetgeving. Anders gezegd: in hoeverre de opvattingen met betrekking tot schadeverplaatsingskwesties in het kader van het strafproces in de loop van de tijd zijn gewijzigd en of daarin een lijn is te ontdekken.

Aan deze analyse zullen vervolgens indicaties worden ontleend ten aanzien van de vraag of en in hoeverre de argumenten die de wetgever destijds ten grondslag heeft gelegd aan (het aanvaarden of afwijzen van) schadeverplaatsingsconstructies in het kader van het strafproces, nog steeds kunnen overtuigen en waarom wel of niet. In de slotparagraaf zullen daaraan enkele overwegingen worden gewijd.

¹⁷ Er is gekozen voor het betrekkelijk neutrale begrip ‘schadeverplaatsing’. Het omvat alle denkbare situaties waarin de schade of kosten ten gevolge van een schade- of kostenveroorzakend feit voor rekening komen van een ander dan degene die er primair door wordt getroffen.

¹⁸ Als betrekkelijk arbitrair beginpunt van het onderzoek is gekozen voor het moment waarop de onafhankelijkheid van het Koninkrijk der Nederlanden werd hersteld (1813) en de wetgever zich voor de opdracht zag geplaatst nationale wetgeving te ontwikkelen.

¹⁹ Er zal overigens geen poging worden ondernomen de bronnen van deze ideologische waarden, beginselen en theorieën te achterhalen. Aanvaard wordt dat dergelijke waarden en beginselen (en de daarmee samenhangende gekozen grondslagen voor schadeverplaatsingsconstructies) onlosmakelijk zijn verweven met de historische en maatschappelijke context van ons recht en wortelen in zowel het Oud-Germaanse/Frankische primitieve recht, als in het Romeinse recht, in zowel de Christelijke traditie, als in het Natuurrecht en daarnaast in tal van andere benoembare en onbenoembare ‘stromingen’, ontwikkelingen en processen op micro-, meso-, en macroniveau.

1. Ieder draagt zijn eigen schade

Alvorens een inventarisatie te maken van de belangrijkste beweegredenen van de wetgever om de kosten en de schade ten gevolge van strafvorderlijk overheidsoptreden in rekening te brengen, respectievelijk te vergoeden, zal eerst een enkel woord worden gewijd aan een belangrijk beginsel van ons aansprakelijkheidsrecht, te weten het beginsel ‘ieder draagt zijn eigen schade’.

Dit van oudsher fundamentele uitgangspunt²⁰ van het aansprakelijkheidsrecht houdt in, dat de schade ligt waar ze valt.²¹ Dat wil zeggen dat degene die primair wordt getroffen door schade, deze schade in beginsel zelf heeft te dragen.

Hoewel dat uitgangspunt niet met zoveel woorden in de wet is opgenomen²², beheerst het al eeuwenlang ons aansprakelijkheidsrecht en dat van de ons omringende landen.²³

Het beginsel zou zijn af te leiden uit :

Gaius, Instituten III, 211: Iniura autem occidere intellegitur, cuius dolo aut culpa id acciderit; nec ulla alia lege damnum quod sine iniura datur, reprehenditur; itaque inpunitus est qui sine culpa et dolo malo, casu quodam damnum committit.

en:

Digesten. 50, 17, 23: (...) Animalium vero casus mortisque, quae sine culpa accident, fugae servorum qui custodiri non solent, rapinae, tumultus, incendia, aquarum magnitudines, impetus praedonum a nullo praestantur.²⁴

²⁰ Zie T. Hartlief, *Ieder draagt zijn eigen schade; enige opmerkingen over de fundamente van en ontwikkelingen in het aansprakelijkheidsrecht*, Deventer 1997, p. 11.

²¹ Zie bijvoorbeeld AG Koopmans in zijn conclusie bij HR 18 april 1997, NJ 1997/510: “De harde hoofdregel van het aansprakelijkheidsrecht is nog altijd: ‘Loss lies where it falls’.”

²² Vgl. N.F. van Manen en R.H. Stutterheim (red), *Wie draagt de schade? De allocatie van risico's in het recht*. Nijmegen 1998, p. 67.

²³ Zie voor een overzicht van oude en meer recente, en van binnenlandse en buitenlandse bronnen o.a. Hartlief, a.w. p. 11 en C.H. Sieburgh, *Toerekening van een onrechtmatige daad*, Deventer 2000, p. 5; zie voorts Boekenreeks NJB 6 *Schade lijden en schade dragen*, Zwolle 1980, p. 23, 151, 119, 175; Van Manen en Stutterheim (red), a.w., p. 7, 67, 71, 82 en in verband met schadevergoeding in het kader van het strafproces Van Dorst in *Vademecum Strafzaken*, band 3, par. 51.6.1, p. 140b.

²⁴ Vertaling (Spruit en Bongenaar, *De Instituten van Gaius* (1994)): Men wordt geacht onrechtmatig gedood te hebben, als dit met opzet of door schuld is geschied. Er is ook geen enkele andere wet die niet-onrechtmatig toegebrachte schade verwijtbaar maakt, zodat degene die zonder schuld of boos opzet, maar per ongeluk schade teweeg brengt, ongestraft blijft.

En (vertaling Otto, Schilling en Sentenis, *Das Corpus Juris Civilis* (1832), p. 1266-1267): (...) Für die Zufälle aber und die Todesfälle, welche sich bei Thieren ohne Verschulden ereignen, für die Flucht von Slaven, welche nicht bewacht zu werden pflegen, für Raub, Aufruhr, Feuerbrunst, hohes Wasser, Ueberfälle von Räubern wird von Niemandem gestanden. Zie Sieburgh a.w. p. 5.

VERPLAATSING VAN SCHADE EN KOSTEN

Echter, uit het bestaan van het ‘aansprakelijkheidsrecht’ kan al worden afgeleid, dat het uitgangspunt geen ‘absolute’ gelding heeft, maar moet worden gelezen als: ‘Een gedupeerde draagt zijn eigen schade, tenzij er goede gronden zijn om de schade te verplaatsen’.²⁵ Daaruit volgt, dat het beginsel niet alleen een feitelijke maar ook een normatieve betekenis, of op zijn minst een normatieve connotatie, heeft. Immers:

- het is een feitelijk gegeven dat eenieder de schade die hem treft zelf heeft te dragen,
- tenzij de schade wordt verplaatst op goede gronden, die zijn ontleend aan een op een bepaald tijdstip in de rechtsgemeenschap levende politieke en ideologische waarden en normen.

Het normatieve element duidt zo bezien niet zozeer op het uitgangspunt zelf, maar op de vraag in hoeverre daarvan behoort te worden afgeweken, hoewel daarmee indirect ook het uitgangspunt zelf een normatieve lading krijgt in die zin, dat de schade behoort te liggen waar ze valt indien er geen goede gronden zijn om de schade te verplaatsen.

De vraag (en het antwoord daarop) in hoeverre van het uitgangspunt behoort te worden afgeweken, vormt de kern van het aansprakelijkheidsrecht²⁶: alleen als het recht daarin voorziet, is er een juridische grondslag voor schadeverplaatsing. Uitzonderingen op het beginsel ‘ieder draagt zijn eigen schade’ zijn dus niet vanzelfsprekend. Het recht op een bepaalde vorm van schadeverplaatsing vereist een daaraan voorafgaand normatief oordeel en normatieve keuzes van de wetgever.

Er zijn in de loop van de tijd talrijke theorieën en verklaringen ontwikkeld betreffende de (mogelijke) grondslagen voor en functies van schadeverplaatsing. Gemeenschappelijk daarin is dat in het algemeen het standpunt wordt gehuldigd dat schade tengevolge van een ongelukkige samenloop van omstandigheden tot het normale levensrisico behoort en in beginsel niet kan worden afgewenteld. Echter, de grenzen waarbinnen schade nog tot het normale levensrisico behoort, worden verschillend getrokken (respectievelijk: daar worden verschillende verklaringen voor aangevoerd). In sommige theorieën ligt daarbij het accent op de (mogelijke) gronden voor schadeverplaatsing: de – meestal niet rationeel te duiden – rechtvaardiging van schadeverplaatsing die is ontleend aan het algemene rechtsgevoel of algemene beginselen van rechtvaardigheid die al van oudsher worden erkend. Zoals bijvoorbeeld het adagium ‘alterum non laedere’ en anderzijds het beginsel ‘nemo damnum facit, nisi qui id fecit, quod facere ius non habet’.²⁷

²⁵ Vgl. Van Manen en Stutterheim (red), a.w., p. 83.

²⁶ Zo wordt in de meeste verhandelingen over het aansprakelijkheidsrecht kort melding gemaakt van het uitgangspunt ‘ieder draagt zijn eigen schade’, om vervolgens uitvoerig aandacht te besteden aan de (mogelijke gronden voor de) uitzonderingen op dat beginsel.

²⁷ Vertaling: ‘Berokken een ander geen schade’ resp. ‘Iemand die iets doet waartoe hij gerechtigd is, berokkent daarmee een ander geen schade’. Zie voor bronnen (D. 1,1,10,1 resp. D. 50, 17, 151) en vertalingen: Sieburgh, a.w., p. 5, noot 2 en p. 20, noot 55. Zie ook het adagium “Qui jure suo utitur, neminem laedit”; vgl. J.P.M. Borsboom, *Schadevergoeding voor voorlopige hechtenis*, Arnhem 1983, p 17.

Andere theorieën leggen het accent op de maatschappelijke ‘functies’ van het aansprakelijkheidsrecht die met deze gronden zouden samenvallen of daaraan inherent zouden zijn: de meer rationeel bepaalde doelstellingen die aan schadeverplaatsing (of het afwijzen ervan) worden toegedicht.²⁸ Overigens is men het er in het algemeen wel over eens dat grond en functie de keerzijden van dezelfde medaille zijn.²⁹

In het kader van deze korte toelichting op het uitgangspunt ‘ieder draagt zijn eigen schade’ zal niet nader worden ingegaan op deze en andere mogelijke grondslagen en functies van het aansprakelijkheidsrecht. Hier wordt slechts beoogd aan te tonen dat schadeverplaatsing niet vanzelfsprekend is.³⁰ Zelfs de tot voor kort meest algemeen aanvaarde grond voor buitencontractuele schadeverplaatsing (de schuldaansprakelijkheid) heeft zich pas in de 19^e eeuw stevig genesteld in ons aansprakelijkheidsrecht.³¹ Dat dit ‘bijproduct’ van het toen heersende liberale maatschappijbeeld voor een deel (opnieuw) is geëvolueerd tot een risico-aansprakelijkheid, is evenmin een ‘natuurgegeven’ en moet worden toegeschreven aan de sindsdien sterk veranderde maatschappelijke omstandigheden en inzichten.

Ook aan de schadeverplaatsingsconstructies in het kader van het strafproces zijn dus afwegingen en keuzes van de wetgever voorafgegaan, gevoed door tijdgebonden maatschappelijke inzichten, dan wel geënt op van oudsher geldende rechtsbeginselen.

Hieronder zal – zoals gezegd – een inventarisatie worden gemaakt van deze ‘rationes pro en contra’ en zal worden nagegaan welke argumenten in de opeenvolgende stadia van wetgeving de doorslag hebben gegeven. Het zal niet verbazen dat daarbij kan worden onderscheiden tussen typen argumenten. Zo kan op voorhand al worden gewezen op enkele in het oog springende categorieën van argumenten, te weten de argumenten die zijn ontleend aan het ‘traditionele’ aansprakelijkheidsrecht³² en daarnaast de argumenten die zijn te herleiden tot opvattingen omtrent rechtvaardigheid die speciaal zien op de

²⁸ Zoals bijvoorbeeld het bevorderen van een doelmatige organisatie van de samenleving, het voorkomen van ‘verlamming’ en onnodige inperking van bewegingsvrijheid, of het voorkomen van onverantwoord hoge maatschappelijke ‘transactiekosten’ die het gevolg kunnen zijn van schade-allocatie. Vgl. P. Scholten, *Schadevergoeding buiten overeenkomst en onrechtmatige daad*, Amsterdam 1899, p. 89; Van Manen en Stutterheim (red), a.w., p. 68 en Hartlief, a.w., p. 16.

²⁹ Zie Hartlief, vorige noot. Vgl. ook de verenigingstheorieën in het strafrecht waarin eveneens wordt aanvaard dat de grondslag voor straffen (de vergelding; vgl. de absolute theorieën) en de functies van straffen (b.v. preventie; vgl. de relatieve theorieën) de keerzijde van dezelfde medaille zijn. Datzelfde geldt voor de noties ‘rechtsbescherming’ en ‘instrumentaliteit’ in het strafrecht. Vgl. R. Foqué en A.C. ’t Hart, *Instrumentaliteit en rechtsbescherming; grondslagen voor een strafrechtelijke waardendiscussie*, Arnhem 1990.

³⁰ Dat geldt zelfs nu de uitzonderingen op het beginsel ‘ieder draagt zijn eigen schade’ tegenwoordig zo talrijk zijn geworden, dat volgens sommigen de uitzonderingen tot regel zijn geëvolueerd (“wie stelt, krijgt geld” en “pech moet weg”) en dat het uitgangspunt ‘ieder draagt zijn eigen schade’ tot uitzondering lijkt te zijn gedevalueerd.

³¹ Vgl. Van Manen en Stutterheim (red), a.w., p. 26.

³² Daarin speelde toentertijd het ‘schuld- of verwijtbaarheidsbeginsel’ een grote rol.

VERPLAATSING VAN SCHADE EN KOSTEN

publiekrechtelijke betrekkingen tussen overheid en burgers.³³ Deze categorieën van argumenten haken aan bij wat men zou kunnen noemen de ‘vergeldende of retributieve rechtvaardigheid’ respectievelijk de ‘de verdelende of collectiviserende rechtvaardigheid’.³⁴ Of we daarmee alle relevante categorieën ‘rationes pro en contra’ in het vizier hebben, zal het onderzoek moeten uitwijzen.

Het spreekt welhaast vanzelf, dat de verschillende categorieën van argumenten weliswaar zijn te onderscheiden, maar tegelijkertijd nauw met elkaar samenhangen, elkaar aanvullen en in elkaar overvloeien. De wetgever heeft dan ook – zo zal blijken – niet zelden een combinatie van (aan deze categorieën ontleende) ‘rationes pro en contra’ ten grondslag gelegd aan het al dan niet aanvaarden van vormen van schadeverplaatsing in verband met strafvorderlijk overheidsoptreden. Niettemin zal worden getracht de typen argumenten te traceren die in dat verband van doorslaggevende betekenis zijn geweest en zal voorts een beeld worden geschetst van de accentverschuivingen die zich dienaangaande in de loop van de tijd hebben afgetekend. Bij het inventariseren van deze ‘rationes pro en contra’ zal het beginsel ‘ieder draagt zijn eigen schade’ als noodzakelijk uitgangspunt worden beschouwd. Daargelaten de discussie of dit beginsel normatief gezien als uitgangspunt of als uitzondering moet gelden, ligt het voor de hand in een onderzoek naar de gronden voor (het afwijzen van) schadeverplaatsing uit te gaan van het beginsel ‘ieder draagt zijn eigen schade’ in de feitelijke betekenis van het woord.

2. Negentiende-eeuwse opvattingen over de vraag wie de kosten en schade ten gevolge van strafvorderlijk overheidsoptreden behoort te dragen

Zoals hierboven al even bleek, werd – naar vrij algemeen wordt aangenomen – het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht van de 19^e eeuw sterk gekleurd door het liberale maatschappijbeeld. De vrijheid van burgers behoorde zo min mogelijk te worden beperkt, teneinde de industriële groei en de maatschappelijke ontwikkeling ruim baan te geven. Dat bracht – zo wordt gesteld – onder meer met zich dat men in beginsel alleen civielrechtelijk aansprakelijk werd gehouden voor schade die het gevolg was van een aantoonbaar verwijtbare inbreuk op rechten en vrijheden van anderen. Voor het overige werd getracht mogelijke verlamming van het liberale elan, die het gevolg kon zijn van vormen van risico-aansprakelijkheid, zoveel mogelijk in te dammen. Dat wil zeggen dat de schuldaansprakelijkheid in die tijd in sterke mate de buitencontractuele civielrechtelijke betrekkingen tussen burgers beheerste.³⁵ Zoals J.M. van Dunné het formuleert: “Het

³³ In dat verband kan worden gedacht aan het beginsel ‘gelijkheid voor publieke lasten’.

³⁴ De begrippen ‘vergeldende rechtvaardigheid’ en ‘verdelende rechtvaardigheid’ zijn ontleend aan de literatuur. Vgl. Kaptein in Van Manen en Stutterheim (red), a.w., p. 84 en Willekens in idem, p. 71.

³⁵ Van Dunné weet zelfs te melden dat Van Oven al in de jaren '30 heeft aangetoond, dat het klassieke Romeinse recht het schuldbegrip niet hanteerde in het kader van de ‘damnum

laissez-faire denken in de economie vond een pendant in het rechtsdenken van die tijd”.³⁶ De vraag is of deze ‘schuldleer’, waarmee het civielrechtelijke aansprakelijkheidsrecht van de 19^e eeuw doordrenkt leek te zijn, eveneens van invloed is geweest op de kwestie wie de schade tengevolge van strafvorderlijk overheidsoptreden behoorde te dragen. Of dat deze schuldleer misschien enige nuancerings behoefte in die zin, dat er mogelijk in dit verband nog andere beginselen en uitgangspunten een rol speelden die, met name voor wat betreft de betrekkingen tussen de overheid en burgers, wellicht doorslaggevend waren dan het schuldbegrip. Deze vraag staat centraal in de volgende (sub)paragrafen, en zal worden beantwoord aan de hand van uitgebreide citaten uit bronnen uit die tijd.

2.1 De parlementaire geschiedenis van het Wetboek van Strafvordering van 1838³⁷

In de aanloop naar het Wetboek van Strafvordering van 1838 heeft de wetgever zich bij verschillende gelegenheden (zij het aanvankelijk op bescheiden schaal) uitgelaten over de vraag ‘wie behoort de kosten van het strafproces en de schade ten gevolge van strafvorderlijk overheidsoptreden te dragen’. Alvorens een blik te werpen op de denkbeelden die de opstellers van het wetboek in de loop van de tijd over dit onderwerp hebben ontwikkeld, zal eerst een korte schets worden gegeven van de uitwendige wordingsgeschiedenis van het Wetboek van Strafvordering van 1838. Daarmee wordt vooral beoogd te benadrukken dat dit wordingsproces, en dus ook de opvattingen van de wetgever betreffende het onderhavige onderwerp, voor een belangrijk deel zijn beïnvloed door min of meer toevallige, externe factoren. Zo is bijvoorbeeld de hereniging tussen Noord- en Zuid-Nederland in 1815 en vervolgens de afscheiding van België in 1830 onmiskenbaar van invloed geweest op de gedachtevorming van de wetgever die aan de 19^e-eeuwse codificaties ten grondslag heeft gelegen. Bij de beraadslagingen over de verschillende ontwerpen van wet hebben Belgische rechtsgeleerden en de Belgische afdelingen in de Tweede Kamer zich zeer beijverd om een tegenwicht te bieden tegen het

iniuria datum’ (onrechtmatig toegebrachte schade). Het schuldbegrip zou dus niet van alle tijden zijn, maar werd later ‘hineininterpretiert’, omdat het aanvankelijk bij de toenmalige maatschappelijke opvattingen leek te passen. De conclusie die hij daaruit trekt is dat de schuldleer, evenals elke andere leer, geen bestaansrecht van zichzelf heeft en moet worden gemotiveerd en gefundeerd. Het is volgens hem dan ook geen toeval dat de schuldleer, gezien de recente maatschappelijke ontwikkelingen, in nieuwe wetgeving stevast wordt verlaten. Hij reageert daarmee op schrijvers, zoals Vranken en Nieuwenhuis, die dat uit het oog zouden hebben verloren en die een restauratie van het schuldbeginsel (als een van de fundamenteën van het aansprakelijkheidsrecht (NK)) voorstaan. Zie Van Manen en Stutterheim (red), a.w., p. 27.

³⁶ Zie Van Manen en Stutterheim (red), a.w., p. 27. Voor buitenlandse bronnen zie noot 11 onderaan die pagina.

³⁷ De gegevens zijn voornamelijk ontleend aan J.C. Voorduin, *Geschiedenis en beginselen der Nederlandsche wetboeken volgens de beraadslagingen deswege gehouden bij de Tweede Kamer der Staten Generaal (uit oorspronkelijke, grootendeels onuitgegeven staatsstukken opgemaakt)*, deel I (Utrecht 1837) en deel VI (Utrecht 1839).

VERPLAATSING VAN SCHADE EN KOSTEN

streven om een oorspronkelijke Nederlandse wetgeving tot stand te brengen die voor een belangrijk deel was gebaseerd op Oud-Hollands recht. In tegenstelling tot Noord-Nederland, waarin aanvankelijk afstand werd genomen van het Franse recht, zijnde het recht van de vroegere Franse bezetter, was men in België zeer gecharmeerd van het Franse recht. Dat heeft zijn sporen nagelaten in de uiteindelijke Nederlandse codificaties, ondanks dat men na de afscheiding van België heeft getracht de Belgische invloeden op de wetgeving zoveel mogelijk ongedaan te maken.

Na het herstel van de onafhankelijkheid van het Koninkrijk der Nederlanden in 1813, werd in de nieuwe Grondwet van 30 maart 1814 (afgekondigd in het Staatsblad 1814, no. 44) het voorschrift opgenomen “dat er zoude worden ingevoerd een algemeen wetboek van burgerlijk regt, lijfstraffelijk regt, van den koophandel en van de zamenstelling der regterlijke magt en de manier van procederen” (art. 100).

Ter vervulling van die opdracht benoemde Koning Willem I een commissie om de nationale wetgeving te ontwerpen. Tijdens haar eerste bijeenkomst verdeelde deze commissie haar taak over vier subcommissies. Het ontwerp van een wet op de organisatie van de rechterlijke macht en de manier van procederen, zowel in civiele zaken als in criminele zaken, werd toevertrouwd aan de subcommissie die bestond uit Farjon, Bijleveld, Van den Burgh en Philipse. Van den Burgh werd belast met het ontwerpen van een Wetboek van Strafvordering.

Op 17 januari 1815 werden vier ontwerpwetboeken aan de Koning aangeboden. Daaronder bevond zich ook het ontwerp van de manier van procederen in civiele en criminele zaken en het daartoe behorende ontwerp Wetboek van Strafvordering.³⁸

De koning zond de ontwerpen vervolgens voor commentaar aan de Raad van State.

Nadat op 9 juni 1815 op grond van het tractaat van Wenen de Belgische provincies met Nederland waren verenigd, werd er een nieuwe Grondwet opgesteld, waarbij rekening werd gehouden met een aantal Zuid-Nederlandse wensen, zoals de wens om – ter beteugeling van het centrale gezag – een tweekamerstelsel in te voeren. Tevens besloot de Koning de Zuidelijke Nederlanden met terugwerkende kracht te betrekken bij het codificatieproces en daartoe de inmiddels ingediende ontwerpen van wetboeken ter beoordeling voor te leggen aan een commissie van Belgische rechtsgeleerden en deskundigen, bijgestaan door de Procureur-Generaal van het Hooggerechtshof van 's-Gravenhage en een lid van de Raad van State.

De Zuidelijke Nederlanden waren – zoals gezegd – zeer gehecht aan de Franse wetgeving. De ingediende ontwerpen, die beoogden een oorspronkelijke Noord-Nederlandse wetgeving tot stand te brengen die voor een belangrijk deel was geënt op

³⁸ Dat kwam overigens grotendeels overeen met het derde Boek van het ‘wetboek op regterlijke instellingen en rechtspleging in het Koninkrijk Holland’ (van 1809) met als titel ‘rechtspleging of manier van procederen in criminele zaken’.

Oud-Hollands recht, ondervonden dan ook veel weerstand. Ook aan Noord-Nederlandse zijde werd inmiddels steeds meer betwijfeld of de keuze voor Oud-Hollands recht wel was te prefereren boven de Franse wetgeving. Dat leidde tot tal van aanpassingen van de ontwerpen.

Ter naleving van het voorschrift in de Grondwet dat ‘wetten met gemeen overleg tussen de Koning en de Staten-Generaal tot stand worden gebracht’, werden de gewijzigde ontwerpen vervolgens aan de Staten-Generaal aangeboden

Op 23 april 1827 werd het gewijzigde ontwerp Wetboek van Strafrecht ingezonden. Dit ontwerp is overigens niet door de Tweede Kamer aangenomen. De reden waarom verderop (bij wijze van uitzondering) zal worden gerefereerd aan de behandeling van dit Ontwerp Wetboek van Strafrecht is, dat bij die gelegenheid de regering een aantal vraagpunten voorlegde aan de Tweede Kamer, waaraan vervolgens door de Tweede Kamer een aantal vraagpunten werd toegevoegd, die zijdelings ook verband hielden met het strafprocesrecht. Eén van de door (de afdelingen van de) Tweede Kamer opgestelde vraagpunten luidde: “Behoort een beschuldigde, die door de rechter is vrijgesproken, geen schadevergoeding te kunnen erlangen van het Gouvernement?” Deze vraag kan worden beschouwd als het startsein voor een discussie die de gemoederen bijna een eeuw lang heeft beziggehouden. Verderop zal nader worden ingegaan op dit punt. Dan zal blijken dat deze vraag aanvankelijk ontkennend werd beantwoord.

Ook het oorspronkelijke ontwerp Wetboek van Strafvordering van 17 januari 1815 werd aan de Belgische commissie ter becommentariëring voorgelegd. Het verslag van de beraadslagingen van deze commissie leidde weliswaar tot een aangepast ontwerp, dat op 6 februari 1819 bij de Koning werd ingediend, maar het is nooit aangeboden aan de Tweede Kamer. Desondanks is het van betekenis geweest voor latere ontwerpen: een aantal daaraan ontleende bepalingen heeft ertoe bijgedragen dat het Wetboek van Strafvordering zich op bepaalde terreinen is gaan onderscheiden van (met name) het Franse strafprocesrecht.

Op 23 oktober 1828 werd een nieuw ontwerp bij de Tweede Kamer ingediend. Dat ontwerp was weliswaar, meer dan de vorige ontwerpen, sterk geënt op de toen nog in werking zijnde Code d’Instruction Criminelle, maar week daarvan tegelijkertijd af wat betreft bepaalde hoofdbeginselen. Die waren deels ontleend aan het vorige ontwerp en meer in het algemeen aan de Oud-Hollandse rechtspleging (vgl. de afwijzing van het jury-systeem). De beraadslagingen leverden wederom tal van wijzigingen op, zodat de regering zich genoodzaakt zag op 24 oktober 1829 opnieuw een gewijzigd ontwerp, met daarbij een nogal uitgebreide Memorie van Toelichting, in te dienen. Dit ontwerp werd – na de voorbereidende besprekingen door de afdelingen – vanaf 16 maart 1830 in de Tweede Kamer behandeld.

Op 18 januari 1829 had de Koning aan de Tweede Kamer meegedeeld dat de wetboeken – met uitzondering van het Wetboek van Strafrecht – per 1 januari 1830 in

VERPLAATSING VAN SCHADE EN KOSTEN

werking zouden treden, of zoveel later als nodig was in verband met de nog niet afgeronde beraadslagingen over het ontwerp Wetboek van Strafvordering. Toen het gewijzigde ontwerp Wetboek van Strafvordering op 31 maart 1830 door de Tweede Kamer en op 2 juni door de Eerste Kamer was aangenomen, werd op 5 juli 1830 het besluit afgekondigd dat de aangenomen wetboeken per 1 februari 1831 in werking zouden treden.

Echter, in augustus 1830 brak de opstand van de Belgische provincies uit en scheidde België zich af. Het besluit van 5 juli 1830 werd geschorst en de invoering van de wetboeken werd opgeschort.

Op 24 februari 1831 besloot de Koning, nu er niet langer rekening hoefde te worden gehouden met Belgische belangen, de aangenomen wetboeken te doen herzien en meer in overeenstemming te brengen met de belangen van de Oud-Nederlandse provinciën.

Tijdens de zitting van de Tweede Kamer van 1 maart 1836 werden door de daartoe benoemde Staatscommissie van Redactie 23 wijzigingsvoorstellen ingediend. Op de zitting van 18 april 1836 werden deze (hier en daar gewijzigde) voorstellen aangenomen en werd het nieuwe Wetboek van Strafvordering afgekondigd in het Staatsblad (no. 18-40). Daarmee werd de tot dan toe geldende Code d'Instruction Criminelle, behoudens de daarin reeds bij soeverein besluit van 11 december 1813 aangebrachte wijzigingen, zoals de afschaffing van de juryrechtspraak, ingewisseld voor een eigen Nederlands Wetboek van Strafvordering; zij het dat dit wetboek beginselmatic en systematisch onmiskenbaar trekken vertoonde van de vervangen Code d'Instruction Criminelle.

2.2 Beraadslagingen omtrent schadeverplaatsingskwesties

Tijdens de beraadslagingen over de opeenvolgende ontwerpen van de wetboeken van strafprocesrecht en strafrecht is de schadeverplaatsingskwestie een aantal keren aan de orde geweest. Hieronder volgt een overzicht van vormen van schadeverplaatsing die in het kader van de concipiëring van het Wetboek van Strafvordering van 1838 onderwerp van discussie zijn geweest. Daarbij zal een zo volledig mogelijk overzicht worden gegeven van overwegingen die een rol hebben gespeeld bij de besluitvorming daaromtrent.

2.2.1 Schadevergoeding voor een beschuldigde die niet wordt veroordeeld?

Hierboven werd al even melding gemaakt van de lijst met vraagpunten die werd behandeld in het kader van de beraadslagingen over het ontwerp strafwet van 23 april 1827. Eén van de vragen luidde: “Behoort een beschuldigde, welke door den regter is vrijgesproken, geene schadevergoeding te kunnen erlangen van het Gouvernement?”

Deze vraag werd door de afdelingen over het algemeen ontkennend beantwoord. Men merkte daarbij op, dat deze kwestie in zijn algemeenheid niet geregeld behoorde te worden in het Wetboek van Strafrecht of het Wetboek van Strafvordering, maar per geval aan het oordeel van de regering moest worden overgelaten.

Enkele overwegingen van voor- en tegenstanders van schadevergoeding voor beschuldigen die waren vrijgesproken luiden als volgt³⁹:

Baron De Secus (3^e afdeling): Eene schadevergoeding, hoe gering ook, zoude kunnen strekken om de beschuldigde te zuiveren van de vlek, hem door de ingestelde vervolging aangekomen.

Vier leden van de 6^e afdeling: Voor de beantwoording van deze vraag moet onderscheid worden gemaakt tussen vrijspraak als gevolg van gebrek aan bewijs en vrijspraak waarbij is gebleken dat de beschuldigde het misdrijf niet heeft begaan of heeft kunnen begaan. Alleen in het laatste geval behoort een schadevergoeding te worden toegekend.

De 5^e afdeling wees op de mogelijke gevolgen van een wettelijk recht op schadevergoeding: de Staat zou in alle gevallen waarin de rechter, “hoewel er genoegzame gronden tot apprehensie of vervolging der actie, edoch geene genoegzame gronden tot condemnatie waren geweest” aansprakelijk worden gesteld. “Men toont hierbij een ongepast wantrouwen tegen de regterlijke magt, en wil dezelve daarenboven nog dwingen om onregtvaardig te worden. Want moet dit niet in vele gevallen de schuldigverklaringen vermeerderen en daardoor ontstaan, dat de genen die men anders zoude vrijspreken, worden veroordeeld? Als men de positie, waarin hierdoor de regter gebragt zouden worden, nagaat, is dit ongetwijfeld. De regter die den regtsingang verleent, en daardoor grond tot schadeloosstelling zal geven, zal dezelfde zijn die naderhand over de schuld oordeelt; en hoe ongaarne zal deze nu den Staat aan eene openbare regtsvordering, door zijne schuld veroorzaakt, blootstellen; en hoe veel eerder dus den beschuldigde straffen, of den vervolgte in het ongelijk stellen, al is het dan ook maar met eene geringe straf? Wanneer men alzoo niet uitgaat van het denkbeeld, dat de hoven en regtbanken ligtvaardig de vervolging zullen toestaan (en ik weet geene reden waarom men dit mag veronderstellen), dan houde ik deze dispositie voor allernadeeligst, zoowel voor den Staat, als voor de individuële vrijheid en zekerheid der ingezetenen”.

De regering (Minister van Justitie Van Maanen⁴⁰) was het daarmee eens. In haar memorie tekende ze op: “Wanneer de wet op de manier van procederen in strafzaken, alles wat tot het onderzoek der zaak, hare vervolging en regtsbehandeling betrekkelijk is, met de meest mogelijke voorzorgen tegen kwelling of ongegronde vervolging van ingezetenen, omringt, en den regter en regtsvorderaar aan heilzamen regelen bindt in dat onderzoek, vervolging en behandeling; wanneer die regelen, naar behooren, met naauwgezetheit zullen zijn in acht genomen, dan kan er geene verplichting tot schadevergoeding op de Regering liggen, in geval van vrijspraak, welke van zoo oneindig veel omstandigheden kan afhangen. De maatschappij heeft dan alles gedaan wat zij konde doen, en indien het al immer denkbaar konde zijn, dat het verlangde beginsel, zelfs met wijzigingen, zouden kunnen worden aangenomen, zoude dit kunnen leiden tot hoogst nadeelige uitkomsten, zoowel voor de maatschappij, die belang heeft dat geene kwalijk geplaatste angstvalligheid het onderzoek, de vervolging en beregting der misdrijven belemmere, wanneer al de vereischten bestaan welke de wet voor dat onderzoek en de beregting voorschrijft, – als voor den beklaagden zelven. Voor het allereerst geval van stellige onschuld-verklaring, door sommige leden in de 6^e sectie opgegeven, zoude zelfs zoodanige wettelijke beschikking, om die redenen niet

³⁹ Zie Voorduin, deel VII (Utrecht 1840), p. 81 e.v.

⁴⁰ Zie ook H.J. en E.A. Smidt, *Wetboek van strafvordering met de geschiedenis der wijzigingen daarin gebracht bij de invoering van het nieuwe Wetboek van Strafrecht*, Haarlem 1886-1887, p.115, noot 1.

VERPLAATSING VAN SCHADE EN KOSTEN

raadzaam zijn, en moet het aan de zorg der Regering overgelaten worden, om, naar omstandigheden, het leed te lenigen, of weg te nemen.”

Zoals al eerder opgemerkt, kan deze gedachtewisseling worden beschouwd als het startsein voor een discussie die de gemoederen bijna een eeuw lang heeft beziggehouden en waarbij men zich bediende van grotendeels dezelfde of vergelijkbare argumenten als hierboven geciteerd, om compensatie van de schade tengevolge van de vervolging (gedeeltelijk) af te wijzen. Allereerst blijkt uit deze overwegingen dat de ‘eigen schuld’ van de verdachte een factor van betekenis was: men wenste in geen geval schadevergoeding toe te kennen aan een verdachte wiens onschuld niet afdoende was aangetoond. Daarnaast werd gewezen op de mogelijke negatieve bijeffecten van een wettelijke schadevergoedingsregeling. Deze overwegingen telden in de ogen van de regering dermate zwaar, dat een wettelijke schadevergoedingsregeling, zelfs voor evident onschuldigen, ten stelligste moest worden afgeraden. Het lag veeleer op de weg van het landsbestuur om in voorkomende gevallen naar bevind van zaken te handelen. Dat alles nog afgezien van het feit dat er volgens de regering geen sprake kon zijn van een schadevergoedingsplicht (geen rechtsgrond) vanwege het ontbreken van ‘schuld’ aan de kant van de vervolgende overheid.

Onrechtmatigheid en verwijtbaarheid, als rechtsgrond, en daarnaast overwegingen ontleend aan het ‘algemeen belang’, moeten dus worden beschouwd als de belangrijkste maatstaven aan de hand waarvan een wettelijke schadevergoedingsplicht aanvankelijk pertinent werd afgewezen.

2.2.2 Niet verschenen getuigen⁴¹

Artikel 5 van titel V⁴² van het ontwerp Wetboek van Strafvordering van 1828 luidde:

Wanneer een getuige die gedagvaard is, niet verschijnt, zal het Hof, op verzoek van den procureur generaal en vóór het verhoor van den eersten op de lijst vermelden getuige begonnen is, de zaak tot ene andere teregtzitting mogen uitstellen.

Artikel 6, titel V van hetzelfde ontwerp luidde:

De achtergebleven getuige (de niet verschenen getuige (NK)) zal, in het geval bij het voorgaande artikel vermeld, op rekwisitoir van den procureur generaal, door het Hof, bij bevelschrift van uitstel, veroordeeld worden, zelfs bij lijfdwang, tot betaling van al de kosten van dagvaarding, akten, schadeloosstelling der overige getuigen, en van alle kosten door de vertraging van de uitwijzing der zaak veroorzaakt (... en) veroordeeld worden in eene

⁴¹ Zie Voorduin deel VII, p. 50-62. De hieronder beschreven regeling geldt overigens niet voor het getuigenverhoor door de instructierechter in het kader van het vooronderzoek en evenmin voor het getuigenverhoor in het kader van de berechting van correctionele zaken of overtredingen van politie.

⁴² Vgl. het latere art. 176 van het Wetboek van Strafvordering 1838.

geldboete van f 30.- (...) en hij zal van dezelfde veroordelingen kunnen worden ontheven indien hij bewijst wettiglijk verhinderd te zijn geweest.

De beraadslagingen over deze bepalingen hebben enkele hier niet ter zake doende wijzigingen opgeleverd. Afgezien daarvan bevatten de artikelen 177-180 van het uiteindelijke Wetboek van Strafvordering van 1838 een vergelijkbare regeling.

Over de grondslag voor de aansprakelijkheid van onwillige getuigen voor de extra kosten ten gevolge van het uitstel van het geding, werd niet van gedachten gewisseld. Het was kennelijk zo vanzelfsprekend dat degene aan wie de vertraging was te wijten, de daaruit voortvloeiende kosten diende te dragen, dat daaraan geen woorden werden vuilgemaakt: degene die niet voldeed aan zijn wettelijke plicht om als getuige te verschijnen, was aansprakelijk voor de schade die hij daarmee had aangericht, tenzij hem dat niet kon worden verweten. Alhoewel stilzwijgend werd voorbijgegaan aan de ratio van deze vorm van schadeverplaatsing, duidt de notie ‘verwijtbaarheid’ er op dat aan dit schadeverhaal de ‘vergeldende rechtvaardigheid’ ten grondslag ligt.⁴³

Overigens zij nog opgemerkt dat ook de door de beschuldigde zelf opgeroepen getuigen, evenals de getuigen die (eventueel op verzoek van de beschuldigde) waren opgeroepen door het OM of de rechter, verplicht waren te verschijnen. Hen hing dus bij weigering eveneens een boete en een veroordeling tot de betaling van de kosten ten gevolge van het uitstel van het geding boven het hoofd. Anderzijds hadden ze geen enkele zekerheid dat hun eigen reis- en verblijfkosten zouden worden vergoed. Deze kosten werden (in tegenstelling tot de kosten van de getuigen die door het OM of de rechter waren opgeroepen) niet als ‘gerechtskosten’ beschouwd en kwamen dus voor rekening van de beschuldigde zelf. Als de beschuldigde, wat betreft de vergoeding van die kosten, in gebreke bleef, moesten deze getuigen dat verlies maar voor lief nemen, aldus de regering: “Dit is eene der ongelegenheden van de orale debatten, en indien men op het behoud van deze prijs stelt, is de zaak niet te verhelpen.” Doelmatigheidsoverwegingen gaven daarbij kennelijk de doorslag.

2.2.3 De kosten van getuigen⁴⁴

Artikel 13, titel V⁴⁵ van het ontwerp Wetboek van Strafvordering 1828 luidde:

Na het horen der getuigen door de procureur generaal aangevoerd, zal de beschuldigde de getuigen doen horen, voorkomende op de lijst van zijnentwege aan de procureur beteekend,

⁴³ Het begrip ‘vergeldende rechtvaardigheid’ is in par. 1 toegelicht. Kort gezegd komt het er op neer dat het begrip duidt op de onrechtmatigheid en verwijtbaarheid van een handeling als grondslag voor de toerekening van de daaruit voortvloeiende schade.

⁴⁴ Zie Voorduyn, deel VII, p. 76 e.v.

⁴⁵ Vgl. het latere art. 187 van het Wetboek van Strafvordering van 1838.

VERPLAATSING VAN SCHADE EN KOSTEN

en zulks hetzij over de feiten in de akte van beschuldiging gemeld, hetzij ter bevestiging, dat hij is een eerlijk persoon, braaf en van onberispelijk gedrag.

De kosten der dagvaardingen van deze getuigen, gelijk mede de schadeloosstellingen aan dezelve verschuldigd, komen voor rekening van den beschuldigde, doch geenszins die van zoodanige getuigen, welke de beschuldigde bevorens aan den procureur-generaal mogt hebben opgegeven, en wier getuigenis door laatstgenoemden geacht is dienstig te kunnen zijn tot ontdekking der waarheid, en welke daarom ten verzoeken van den beschuldigde door den procureur-generaal zijn gedagvaard.⁴⁶

De 1^e afdeling vroeg zich af, “s’il ne serait pas juste, d’accorder le remboursement de ces frais, en cas d’acquittement de l’accusé.” Mede op grond van deze overweging werd in het ontwerp 1829 een derde lid toegevoegd:

Het zal niettemin aan het Hof vrijstaan om, in geval van vrijspraak, den beschuldigde geheel of gedeeltelijk vrij te stellen van de betaling der kosten van dagvaardingen en schadeloosstellingen der getuigen, door hem opgeroepen.

Dat was enkele afdelingen nog niet voldoende. In het verslag van de 7^e afdeling (1829) is te lezen:

“Sept membres sont d’avis que dans *tous* les cas d’acquittement, les frais des témoins à décharge doivent être à charge de l’Etat.”

Ook de 6^e afdeling huldigde in meerderheid de opvatting dat de Staat behoorde te worden veroordeeld in *alle* kosten in verband met het oproepen van getuigen als de beschuldigde zou worden vrijgesproken. De rechtvaardigheid en billijkheid (“la justice et la règle d’une réciprocité équitable”) vereisten dat. Immers andersom werd ook de veroordeelde in alle kosten van het geding veroordeeld. Maar de afdeling ging nog verder. De afdeling was voorts in meerderheid van mening:

“...qu’il faudrait insérer dans cet article un nouveau paragraphe conférant à la Cour, en cas d’acquittement de l’accusé, et selon des circonstances de la cause, la faculté de lui allouer, outre le remboursement des frais ci-dessus, *une indemnité à payer par l’Etat*. (curs. NK). Les annales de la jurisprudence attestent par des exemples trop peu communs et trop déplorables, combien l’erreur des poursuites peut compromettre essentiellement la vie, l’honneur ou la fortunes des citoyens.”

De afdeling wilde de rechter dus de mogelijkheid bieden om de gewezen verdachte in geval van vrijspraak een schadevergoeding toe te kennen, rekening houdend met de omstandigheden van het geval. De afdeling wees daarbij op de voor de burger ingrijpende gevolgen van een achteraf onterecht gebleken vervolging.

⁴⁶ Zie voor de vergoeding van deze getuigen o.a. Voorduin, deel VI, p. 239, bij de behandeling van artikel 17, titel II: “Wanneer een getuige schadeloosstelling vraagt, zal dezelve door den regter commissaris worden begroot”.

De regering kon zich niet vinden in het voorstel om

- a. in geval van vrijspraak steeds alle kosten ten laste van de Staat te brengen,
- b. en tevens de gewezen verdachte een schadevergoeding toe te kennen.

De regering achtte het voldoende de rechter de mogelijkheid te bieden de kosten van de getuigen te vergoeden, voorzover daarvoor naar zijn oordeel een aanleiding bestond.

Wat betreft het voorstel om de verdachte tevens een schadevergoeding toe te kennen in geval van vrijspraak, merkte de regering op:

“terwijl het tweede voorstel slechts zoude ingang kunnen vinden, indien iemand, op bloot vervolg van den publieken aanklager, zonder tusschenkomst van eenig regterlijk bevel, of zonder behoorlijk onderzoek van alle bezwaren, kon worden terecht gesteld; maar indien men in aanschouw neemt, met welke behoedzaamheid wordt te werk gegaan, alvorens iemand in staat van beschuldiging kan worden gesteld, dan kan de maatschappij niet verantwoordelijk zijn, dat ten gevolge van het laatste, meer volledige en rijpere onderzoek eener zaak, bezwaren, welke aanvankelijk bestaan hebben, en door den regter gewigtig genoeg zijn geacht om, in het belang der maatschappij, de noodige regtsingangen te verleenen, verdwijnen, of verflauwen, en tot vrijspraak van den beschuldigde leiden; – een ieder, die het ongeluk zoude kunnen hebben van in regten betrokken te worden, en aan wien eindelijk vrijspraak zouden mogen te beurt vallen, moet zich ter gunste van de algemeene veiligheid, waarin hij op zijne beurt deelt, dat ongeval getroosten.

Eene verordening van dien aard als men heeft voorgesteld, hoe menschlievend het oogmerk der voorstellers ook moge zijn, zoude onberekenbare sommen aan den Lande kunnen kosten, en bovendien even nadeelig kunnen zijn voor de maatschappij als voor de beschuldigten, daar zij zoude leiden tot veroordeling in twijfelachtige gevallen, ten einde den Staat niet te belasten met schadevergoedingen.”

Ook hier was het ontbreken van verwijtbaarheid (als rechtsgrond) in de ogen van de regering de belangrijkste reden om schadevergoeding af te wijzen. Daarnaast wogen mogelijke coulance-overwegingen (of zo men wil: opvattingen over ‘verdelende rechtvaardigheid’) niet zwaar genoeg om een uitzondering toe te laten op het beginsel ‘ieder draagt zijn eigen schade’ omdat ze het moesten afleggen tegen de door de regering opgevoerde financiële overwegingen en de daarmee samenhangende doelmatigheidsoverwegingen.

De 7^e afdeling persisteerde bij haar eerdere opvatting dat alle kosten van het proces, zonder onderscheid, ten laste moesten blijven van het Rijk in geval van vrijspraak, maar kon zich evenals de regering niet vinden in de opvatting van de 6^e afdeling dat in dat geval daarnaast nog een schadevergoeding behoorde te worden toegekend.

Het voorstel van de 6^e afdeling om schadevergoeding uit te keren na vrijspraak, werd dan ook niet overgenomen.

Eveneens met instemming werd verwezen naar het standpunt van de regering (dat ter zake van dit voorstel de doorslag had gegeven) tijdens de openbare beraadslagingen d.d.

VERPLAATSING VAN SCHADE EN KOSTEN

16 maart 1830 over de vraag of de rechter die rechtsingang had verleend, wel onpartijdig genoeg kon worden geacht om in het latere rechtsgeding ten principale te vonnissen:

“Door de teregtstelling te bevelen, is de regter reeds te veel vooringenomen tegen den beschuldigde, dan dat hij bij het eindvonnis als onpartijdig kan beschouwd worden. Hij verliest het vertrouwen bij den beschuldigde, bij het publiek, ja bij zich zelven. Hoe braaf en onpartijdig hij ook wezen mag, hij is en blijft toch altijd mensch. Zeer juist merkt de Regeering op, wanneer zij, op het voorstel van de zesde afdeeling, om in geval van vrijspraak alle kosten ten lasten van den Staat te brengen, antwoordt, dat zoodanige verordening zouden kunnen leiden tot veroordeling in twijfelachtige gevallen, ten einde den Staat niet te belasten met schadevergoedingen. En indien dit in zoodanige gevallen te vreezen is, dan is het nog veel meer te vermoeden, dat hij, om zijne eigenliefde niet te kwetsen, niet ligt den beschuldigde zoude vrijspreken, wiens gevangenzetting of teregtstelling hij bevolen had.”⁴⁷

2.2.4 Veroordeling in de proceskosten⁴⁸

Artikel 26 titel V⁴⁹ van het ontwerp Wetboek van Strafvordering van 1828 luidde:

Wanneer het hof den beschuldigde schuldig oordeelt, zal het de straf uitspreken door de wet op het misdrijf gesteld, zelfs in het geval, wanneer uit het onderzoek op de teregtzitting gebleken ware, dat het feit tot de bevoegdheid van eenen minderen regter behoorde; en den beschuldigde voorts tot de kosten van het rechtsgeding veroordeelen.

Over dat laatste (de veroordeling in de proceskosten) werd nauwelijks van gedachten gewisseld. Afgezien van een enkele redactionele wijziging werd dit onderdeel onveranderd opgenomen in de latere ontwerpen van het Wetboek van Strafvordering en ten slotte ook in het wetboek van 1836 (art. 207). Aangenomen mag worden dat ook de veroordeling in de proceskosten, voorzover de beschuldigde schuldig was bevonden aan hetgeen hem ten laste was gelegd, als een vanzelfsprekende vorm van ‘vergeldende rechtvaardigheid’ werd beschouwd.⁵⁰

In dit verband zij nog gewezen op een interessante discussie naar aanleiding van artikel 5 van titel VII (“Van het rechtsgeding wegens overtredingen van politie”) van het ontwerp van 1828. Lid 1 van dat artikel luidde:

Wanneer in politie-zaken de wet of andere openbare verordening geene zwaardere straf op de overtreding heeft gesteld dan eene enkele geldboete, zal de beklaagde de regtsvervolgning kunnen voorkomen door vrijwillig het maximum van die boete te betalen.

⁴⁷ Aldus de heer Dijkmeester, lid van de commissie van redactie. Zie Voorduin, deel VI, p. 391.

⁴⁸ Voorduin, deel VII, p. 117 e.v.

⁴⁹ Vgl. het latere art. 207 van het Wetboek van Strafvordering van 1838.

⁵⁰ Zie onder paragraaf 3.1.4, het commentaar van A.de Pinto.

Verschillende afdelingen voerden bezwaren aan tegen dit stelsel. Het belangrijkste bezwaar hield in dat met dit stelsel het doel van de strafvervolgning zou worden omzeild en voorts dat het tot ongelijkheid tussen arm en rijk zou leiden: “Il faut que l'homme riche ou aisé ait à craindre, tout comme le pauvre, l'action publique de la justice; c'est le seul moyen de compenser, sous le niveau de la loi pénale, l' inégalité des conditions, et de satisfaire à ordre public.”⁵¹

Echter het artikel werd opnieuw en ongewijzigd opgenomen in het ontwerp van 1829. De regering merkte daarbij op:

Eene bijzondere aandacht verdient artikel 5 van dezen Titel, waarbij aan den beklaagde is vrijgelaten, om dadelijk en zonder vorm van proces, het maximum eener geldboete te voldoen, waardoor *hem de kosten worden bespaard, die soms de boete driedubbel te boven gaan* (curs. NK).

De meningen waren opnieuw verdeeld. De voorstanders hielden de bepaling voor een wezenlijke verbetering van de wetgeving en wensten een zo ruim mogelijke toepassing daarvan. De tegenstanders volhardden echter in de reeds eerder aangevoerde bezwaren en stelden daarnaast dat het stelsel zou leiden tot willekeur. Immers, beklaagden zouden er dikwijls voor kiezen de geldboete te betalen (teneinde een mogelijke veroordeling in de proceskosten te voorkomen) terwijl ze anders wellicht zouden zijn vrijgesproken.⁵²

Voor al de ongelijkheid tussen rijk en arm, die het gevolg zou zijn van dit stelsel, moest het ontgelden. Het is onaanvaardbaar, meende de heer Luzac (tijdens de openbare zitting van de Tweede Kamer d.d. 19 maart 1830), dat de vermogende schuldlige als gevolg van deze bepaling in een oneindig veel betere positie komt te verkeren dan de onvermogene schuldlige. Om die scheve verhouding enigszins recht te trekken stelde hij voor de beklaagde het recht te geven zich, in plaats van het betalen van de boete, vrijwillig in de gevangenis te begeven, om zich de kosten van het proces te besparen, die vaak niet onaanzienlijk waren en voor welke niet-betaling gewoonlijk de tijd der gevangenisstraf nog verlengd werd.⁵³ Anderen vonden dat veel te ver gaan: de ongelijkheid tussen arm en rijk die het voorgestelde stelsel met zich meebracht, was nu eenmaal een natuurlijk gevolg van de ongelijkheid van standen en vermogen in de maatschappij en was moeilijk weg te nemen. Voorts beschouwde men het als ‘eene ongerijmdheid, dat iemand, zonder daartoe veroordeeld te zijn, zich in de gevangenis zoude begeven’.⁵⁴ Luzac legde zich daarbij neer.

⁵¹ Voorduin deel VII p. 266.

⁵² Overwegingen als deze zou men als ‘doelmatigheidsoverwegingen’ kunnen betitelen: het ‘afkopen’ van de eventuele proceskosten stond op gespannen voet met het doel van het strafproces.

⁵³ Lijfswang in verband met de betaling van proceskosten was overigens nog niet geregeld in het Wetboek van Strafvordering, maar in de (toen nog geldende) Code Penal. Pas bij de herziening van het Wetboek van Strafvordering (1886) werd de lijfswang in verband met de proceskosten geregeld in het Wetboek van Strafvordering. Zie par. 3.1.4.

⁵⁴ Voorduin, deel VII, p.268.

VERPLAATSING VAN SCHADE EN KOSTEN

2.2.5 Stukken van overtuiging

Tot slot nog een enkele opmerking over artikel 30 Titel V van het ontwerp 1828:

Het hof zal in alle gevallen bevelen, dat de gestolen goederen en andere voorwerpen, welke in de zaak als stukken van overtuiging hebben gediend, aan den bekenden eigenaar of andere regthebbenden worden teruggegeven.

Op een enkele redactionele wijziging na, is dit artikel onveranderd opgenomen in het Wetboek van Strafvordering van 1838. Over de kosten in verband met de teruggave werd niet gerept, ondanks dat enkele leden van de 5^e afdeling verlangden ‘dat de stukken van convictie, waarvoor transport-kosten moeten worden betaald, zonder kosten worden teruggegeven’.⁵⁵

3. *Het herziene Wetboek van Strafvordering van 1886*

Al vrij snel na de invoering van het nieuwe Wetboek van Strafvordering in 1838 sloeg de aanvankelijke juichstemming over het eindresultaat om in gevoelens van twijfel over onder meer de praktische werkbaarheid van het wetboek. Zo schreef De Bosch Kemper, die in 1837 nog tot de ‘warme verdedigers’ van het wetboek kon worden gerekend, tien jaar later in de *Jaarboeken van Rechtsgeleerdheid en Wetgeving*:

Bij de stelselloosheid der wetsbepalingen, kwamen eene verregaande slordigheid in de redactie en eene onbegrijpelijke nalatigheid in het bepalen van hetgeen bepaald moest worden. Dit oordeel schijnt gestreng,- dat het niet te gestreng is, zal, zoo ik vertrouw, ieder mij toegeven, die tot dagelijksche toepassing van dit wetboek geroepen is, en ik zoude nog huiverig zijn dit oordeel uit te spreken, zoo ik niet drie jaren mij bijna dagelijks met de wetenschappelijke beschouwing van het Wetboek van Strafvordering had beziggehouden, en zoo ik niet dagelijks mijn oordeel aan de ondervinding had getoetst. Na al het gezegde zal het wel niet twijfelachtig zijn, of wij rekenen eene herziening van het Wetboek van Strafvordering wenschelijk, en wel eene geheele herziening. Geen der wetboeken vormt meer een zamenhangend geheel, dat door ééne gedachte moet bezield worden, dan het Wetboek van Strafvordering. Gedeeltelijke veranderingen in dit wetboek zullen allerlei verwarringen teweeg brengen.

Een andere commentator van het Wetboek van Strafvordering, A. de Pinto⁵⁶, was evenmin zuinig met zijn kritiek. Omstreeks diezelfde tijd schreef hij:

⁵⁵ Zie Voorduyn, deel VII, p. 132.

⁵⁶ Niet te verwarren met A.A. de Pinto, die als zijn opvolger kan worden beschouwd en die later o.m. de parlementaire geschiedenis van het herziene Wetboek van Strafvordering van 1886 heeft beschreven.

Van geen onzer wetboeken is, kort voor en kort na 1838, zulk een groot geroep uitgegaan, zoo veel lof uitgebazuind, als van het Wetboek van Strafvordering en van zijne zogenaamde milde beginselen. De praktijk, die groote en onwraakbare leermeesteres, heeft echter reeds spoedig regt gedaan over die onbezonnen lofzangen en bewezen hoe voor het minst zeer overdreven al die hoogdravende halleluja's waren waarmede men onze nieuwe strafregtpleging zoo mild, om niet te zeggen roekeloos, bewierrookte. Eene ondervinding van tien jaren heeft daarin groote en treurige gebreken doen kennen.⁵⁷

Daarnaast begon zich het besef op te dringen dat het Wetboek van Strafvordering wel eens te zeer op een inquisitoire leest kon zijn geschoeid, mede omdat (ook) andere landen ertoe neigden de procesrechtelijke positie van de verdachte te versterken en het inquisitoire karakter van het strafproces terug te dringen.⁵⁸

De behoefte aan een verbeterd Wetboek van Strafvordering resulteerde in een aantal tussentijdse wijzigingen en in 1862 zelfs in een geheel nieuw ontwerp Wetboek van Strafvordering, een initiatief van Minister van Justitie Godefroi. Nadat het ontwerp in 1861 aan de Raad van State was gezonden, vervolgens voor advies over bepaalde onderdelen aan de Hoge Raad was voorgelegd en ten slotte door de Commissie van Rapporteurs van de Tweede Kamer (een soort kamercommissie) was behandeld, kwam Minister van Justitie Olivier – de opvolger van Godefroi – deels tegemoet aan de kritiek die de uitwisseling van stukken had opgeleverd. Hij leverde in 1864 het op onderdelen gewijzigde ontwerp opnieuw in bij de Tweede Kamer. Maar ook dit ontwerp werd niet aangenomen. Na nog een aantal keren aanhangig te zijn gemaakt door opeenvolgende Ministers, werd het door de Tweede Kamer op 23 juni 1870 van de agenda afgevoerd.

Pas nadat het nieuwe Wetboek van Strafrecht⁵⁹ (als laatste van de grote codificaties van de 19^e eeuw) gereed was gekomen en in 1881 door de Koning was bekrachtigd, werd min of meer noodgedwongen een aantal partiële wijzigingen doorgevoerd in het Wetboek van Strafvordering, teneinde beide wetboeken met elkaar in overeenstemming te brengen. Daartoe beperkte men zich echter niet:

“Zoo nu hebben ook de Minister van Justitie en de Commissie van Rapporteurs, in den tuin van het strafproces wandelende, met het bepaalde doel om het noodige te verrichten voor de invoering van het Strafwetboek, de verleiding niet kunnen weerstaan, hier en daar het snoeimes te gebruiken, onkruid uit te roeien en zelfs soms een stekje te planten. (...) Wanneer de zoo custorisch in het wetboek voorgestelde wijzigingen daarin mochten postvatten, dan zou men gevaar lopen, dat dit wetsontwerp beschouwd werd in de plaats te treden van die

⁵⁷ Beide citaten zijn ontleend aan Smidt, a.w., p. 23-24.

⁵⁸ Vgl. het pleidooi van Faustin Hélie en het oordeel van de (Franse) extra-parlementaire commissie waarvan hij lid was, in A.A. de Pinto, *Het herziene Wetboek van Strafvordering (met eene inleiding en aantekeningen ontleend aan en n.a.v. de herzieningsontwerpen, de daartoe betrekkelijke stukken en de daarover gevoerde beraadslagingen)*, Eerste deel (Inleiding, herzieningswetten artt. 1-140, nalezing), Zwolle 1886, p. 39.

⁵⁹ Het regeringsontwerp van Minister Smidt, voorbereid door de in 1870 ingestelde Staatcommissie voor de samenstelling van het Wetboek van Strafrecht, had daaraan ten grondslag gelegen.

VERPLAATSING VAN SCHADE EN KOSTEN

herziening van het Wetboek van Strafvordering, waarnaar zoo lang is gewacht; zulks nu ware allernoodlottigst. Wanneer dit wetsontwerp is aangenomen, blijft herziening van het Wetboek van Strafvordering eene dringende behoefte.”⁶⁰

Dat de wetgever de verleiding niet kon weerstaan bij deze gelegenheid een aantal heikele punten (opnieuw) ter discussie te stellen, die nauwelijks relevant waren met het oog op de doelstelling van de herzieningsoperatie, en daarmee vooruit te lopen op het lang verbeide nieuwe Wetboek van Strafvordering, is niet zo vreemd: de herzieningswet had in het algemeen geen andere bron dan de ontwerpen van Godefroi en Olivier.⁶¹ De debatten naar aanleiding van deze ontwerpen lagen de ontwerpers van het herziene Wetboek van Strafvordering nog vers in het geheugen en nodigden ertoe uit de gelegenheid te baat te nemen om daar nog eens op terug te grijpen en zo mogelijk een aantal knopen door te hakken. Dat is ook de reden geweest waarom onder meer de schadeverplaatsingskwestie meer aandacht heeft gekregen dan gezien het doel van de herzieningsoperatie voor de hand had gelegen.

Op 24 november 1882 zond Minister van Justitie Modderman het ‘wetsontwerp tot wijziging van het Wetboek van Strafvordering’ voor advies aan de Raad van State. Zijn opvolger, Minister Du Tour van Bellinchave, diende het ontwerp – waarin hij op enkele onderdelen belangrijke wijzigingen had aangebracht – in 1883 in bij de Tweede Kamer. Na bespreking door de Commissie van Rapporteurs, volgden de openbare beraadslagingen in de Tweede Kamer over het – opnieuw gewijzigde – wetsontwerp en werd het ontwerp op 27 oktober 1885 door de Tweede Kamer en op 14 januari door de Eerste Kamer met algemene stemmen aanvaard. De wet trad in werking in 1886, op hetzelfde moment als het Wetboek van Strafrecht.

3.1 Beraadslagingen omtrent schadeverplaatsingskwesties

De in paragraaf 2.2 behandelde schadeverplaatsingskwesties zullen hieronder opnieuw de revue passeren. Daarbij zal wederom een zo volledig mogelijke inventarisatie worden gegeven van de discussies dienaangaande, in dit geval gevoerd in het kader van de partiële herziening van het wetboek. Omdat – zoals boven bleek – de ontwerpen van Godefroi en Olivier een belangrijke rol hebben gespeeld bij de partiële herziening van het Wetboek van Strafvordering, zal ook aandacht worden besteed aan de debatten die naar aanleiding van die ontwerpen zijn gevoerd met betrekking tot deze schadeverplaatsingskwesties.

⁶⁰ Citaat van Beelarts van Blokland tijdens de beraadslagingen in de Tweede Kamer d.d. 13 oktober 1885. Hij verwoordde daarmee de zorg van velen, dat als gevolg van het feit dat de regering zich niet had beperkt tot de wijzigingen die strikt noodzakelijk waren teneinde de Wetboeken van Strafrecht en Strafvordering met elkaar in overeenstemming te brengen, het lang verbeide nieuwe Wetboek van Strafvordering nog langer op zich zou laten wachten. Zie Smidt, a.w., p. 29.

⁶¹ Zie De Pinto, a.w., p. 32.

Ook bij de voorbereiding van het Wetboek van Strafrecht is de schadevergoedingskwestie een enkele maal aan de orde geweest, met name in verband met artikel 27, dat de toerekening van de preventieve detentie op de straf regelde (art. 35 van het ontwerp Smidt). Daaraan zal eveneens enige aandacht worden besteed.

3.1.1 Schadevergoeding na preventieve hechtenis

De discussies over de kwestie ‘schadevergoeding na preventieve hechtenis’ – waartoe een aanzet was gegeven tijdens de beraadslagingen over de vroegste ontwerpen van het Wetboek van Strafvordering en het Wetboek van Strafrecht; zie par. 2.2.1 en 2.2.3 – laaiden opnieuw op toen Minister Godefroi zijn ontwerp Wetboek van Strafvordering voorlegde aan de Raad van State en vervolgens indiende bij de Commissie van Rapporteurs van de Tweede Kamer (1862).⁶²

In het ontwerp was geen regeling opgenomen omtrent deze materie, evenmin als er een voorziening was getroffen voor schadevergoeding voor (achteraf gebleken) onschuldig veroordeelden. In de Memorie van Toelichting werd dat als volgt verantwoord:

“Het denkbeeld is soms geopperd, om den onschuldige veroordeelde, die de straf reeds geheel of gedeeltelijk heeft ondergaan, ten laste van den Staat regt op schadeloosstelling toe te kennen. De toekenning van zoodanig regt is echter aan gewigtige bedenkingen onderhevig, minder met het oog op de kosten, ... dan wel uit hoofde van het beginsel. Acht men het billijk, dat de onschuldig veroordeelde worde schadeloos gesteld, op welken grond zal men den Staat met de schadeloosstelling belasten?... Geen grond bestaat, om juist den Staat meer dan een ander tot vergoeding der schade gehouden te achten.”

Zoals hierboven in par. 3 gemeld, was het ontwerp van wet, voorafgaand aan de parlementaire behandeling, voorgelegd aan de Hoge Raad voor advies over bepaalde aangelegenheden. Uit het advies van de Hoge Raad bleek dat enkele leden van de Hoge Raad zich terzake van de onderhavige kwestie niet konden vinden in de visie van de Minister:

“zij vereenigen zich niet met het in de Memorie van Toelichting op dit punt aangevoerde, dat, ook dan wanneer iemand zonder eenig verzuim of eenige schuld van zijne zijde is veroordeeld, van geene schadevergoeding sprake kan zijn.”

Ook de Commissie van Rapporteurs was een andere mening toegedaan dan de Minister. Uit het Voorlopig Verslag kan worden opgetekend:

“Door meerdere leden werd hier met nog meer aandrang dan ten aanzien van vrijgesprokenen het denkbeeld verdedigd, dat de *Staat* aan de onschuldig veroordeelden eene billijke

⁶² De gegevens over de ontwerpen Godefroi en Olivier zijn voornamelijk ontleend aan Smidt a.w. en W.D. Caudri, *Het vraagstuk der schadevergoeding voor preventieve hechtenis* (diss.), Zaandam 1898.

VERPLAATSING VAN SCHADE EN KOSTEN

vergoeding *verschuldigd* is voor de krenking in eer en goeden naam, het gemis van vrijheid, de materiële schade, in één woord, voor het veelzijdig leed, hem door de publieke teregtstelling en veroordeling berokkend... . De stelling, hier geopperd, vindt verdediging bij bevoegde juristen en wordt in de Memorie van Toelichting niet ontzenuwd. Immers de gehoudenheid van den Staat - zij moge betwijfeld worden *in foro civili* - berust op den grondslag van billijkheid en regtvaardigheid. Het is de Staat, die door *zijne* wet en door *zijne* regters stellige krenking en schade te weeg bragt; en indien dit geschiedde in de uitoefening van de pligt der handhaving der publieke veiligheid, ook het algemeen belang vordert de herstelling van het daardoor te weeg gebragte onrecht. Het geldt hier trouwens geene individuele belangen, maar de vestiging van een regtvaardig *algemeen beginsel*. Ingeval de veroordeling evenwel het gevolg mogt geweest zijn van eigen moedwil of opzettelijke misleiding der regters door den beklaagde zelven, moest vergoeding uitgesloten zijn.”

Hier lijkt de Commissie zich voorzichtig te ontworstelen aan de greep van de civielrechtelijke aansprakelijkheidsleer, waarin schuld (verwijtbaarheid) toentertijd een belangrijke rol speelden. De grond werd niet langer primair gezocht in de ‘vergeldende rechtvaardigheid’ maar in opvattingen over de ‘verdelende of collectiviserende rechtvaardigheid’, zij het gecorrigeerd door het verwijtbaarheidsbeginsel, dat wil zeggen de ‘eigen schuld’ aan de kant van de verdachte.

Echter, wat betreft de schadevergoeding aan verdachten die waren vrijgesproken of ontslagen van rechtsvervolging, stelde men zich terughoudender op in verband met “de groote bezwaren die de uitvoering van dit overigens alleszins billijk beginsel in den weg staan”.

In 1864 diende Minister Olivier – de opvolger van Godefroi – het op enkele onderdelen gewijzigde ontwerp opnieuw in bij de Tweede Kamer. Het ontwerp bevatte dit keer wel bepalingen over schadevergoeding voor zowel onschuldig veroordeelden als voor verdachten die waren vrijgesproken of ontslagen van rechtsvervolging. Daarnaast werd een voorziening getroffen voor de vergoeding van schade ten gevolge van het overleggen van stukken van overtuiging. In de Memorie van Toelichting werd deze ommezwaai als volgt toegelicht:

“De Regering heeft met aandacht overwogen, hetgeen het verslag inhoudt omtrent het toekennen van vergoeding voor de schade die door overlegging van overtuigingsstukken mogt worden geleden. Zij heeft dit onderwerp tevens in verband gebragt met hetgeen elders in het verslag voorkomt ten aanzien van het geven eener billijke vergoeding aan hen, die vrijgesproken of van rechtsvervolging ontslagen worden, of die, ten gevolge van de herziening van het gewijsde, ten onrechte blijken veroordeeld te zijn. – De overweging heeft tot uitkomst gehad, dat, hoezeer het bestaan van een recht op schadevergoeding in de hierboven vermelde gevallen niet wordt aangenomen en dus in dat opzigt volhard wordt bij het gezegde in de vorige toelichting, nogtans het besef der billijkheid naar de middelen heeft doen omzien om tot eene bevredigende regeling van dit belangrijke onderwerp te geraken. – Op den voorgrond stond daarbij de vraag, in welke gevallen de gelegenheid tot het bekomen eener vergoeding van staatswege voor den belanghebbende kon worden opengesteld. Het verslag is daarvoor gunstig gestemd, waar het geldt de vergoeding van schade, geleden door een regterlijke dwaling, als ook (...) van de schade, geleden door de overlegging van overtuigingsstukken.

Minder gunstig schijnt men gestemd – wel niet in beginsel, maar toch met het oog op de bezwaren in de uitvoering – voor het toekennen van schadevergoeding aan den vrijgesprokene of aan hem, die van rechtsvervolging wordt ontslagen. – De Regering is intussen van oordeel, dat, wil men de toepassing van het beginsel voor de eerstgenoemde gevallen, die toepassing voor het laatstbedoelde niet wel kan achterwege blijven. Het geldt hier toch vergoeding van geleden *materiële* schade, en de grond tot die vergoeding is in de gevallen dat de beklaagde wordt vrijgesproken of van rechtsvervolging wordt ontslagen – althans zoo hij voorlopig in hechtenis was, – evenzeer als in de andere genoemde gevallen aanwezig. Ook dit geval wordt derhalve in de voorgestelde regeling begrepen, terwijl men eindelijk nog gemeend heeft niet voorbij te mogen zien het geval, dat een voorloopig aangehoudene na de instructie, of zonder dat instructie plaats heeft gehad, buiten vervolging wordt gesteld.⁶³

⁶³ De (in dit verband relevante) artikelen luiden:

Art. 48 Titel VI: In de gevallen, waarin een voorloopig aangehoudene buiten vervolging wordt gesteld, kan, op zijn verzoek, de regtbank, op de wijze bij het tweede lid van art. 51 Titel IV bepaald, hem vergoeding toekennen voor de ten gevolge van de aanhouding geleden schade. Art. 52 van dien Titel is dan mede van toepassing.

Art. 83 Titel VII: In de gevallen, voorzien bij het voorgaand artikel, beveelt de regtbank, dat de kosten, door den beklaagde gemaakt tot dagvaarding en schadeloosstelling van getuigen of deskundigen of tot het bijbrengen van stukken, met uitzondering van die kosten, welke de regtbank verklaart noodeloos te zijn gemaakt, den beklaagde worden vergoed door dengene, ten wiens laste de overige ten zijnen opzichte gemaakte kosten komen.

Het bedrag der vergoeding wordt bij het vonnis vastgesteld.

Door den president wordt daarvoor, zoodra het vonnis in kracht van gewijsde is gegaan, een bevelschrift van tenuitvoerlegging afgegeven.

Indien de beklaagde voorloopig was aangehouden, kan bovendien de regtbank hem, op zijn verzoek en op de wijze bij art. 52 Titel IV bepaald, vergoeding toekennen voor de schade door de gevangenhouding geleden.

Art. 52 van dien titel is dan mede van toepassing.

Art. 18, Titel X: In de gevallen, waarin de Hooge Raad, doende hetgeen de vorige regter had behooren te doen, beslist overeenkomstig het 2^e of 3^e lid van art. 82 Tit. VII, beveelt hij ... vergoeding wat betreft kosten, door den beklaagde in eersten aanleg of hooger beroep gemaakt. Indien de beklaagde voorloopig was aangehouden, kan de Hooge Raad hem voor de schade, door de gevangenhouding geleden vergoeding toekennen bij beschikking, waartegen geen verzet of hooger beroep is toegelaten.

Art. 17 Titel XIV: Indien in de gevallen, bij het voorgaand artikel bedoeld, de veroordeelde de straf reeds geheel of gedeeltelijk heeft ondergaan, wordt hij, op het daartoe door hem gedaan schriftelijk verzoek, door den Hoogen Raad in zijne eer hersteld bij een arrest, dat ten koste van den Staat, door aanplakking op zoodanige plaatsen als het arrest aanwijst, wordt afgekondigd.

De Hooge Raad kan bij hetzelfde arrest hun tevens, ten laste van den Staat, vergoeding toekennen voor de schade, door hen ten gevolge van de veroordeeling geleden. Het bedrag der vergoeding wordt bij het arrest vastgesteld en daarvoor door den president een bevelschrift van tenuitvoerlegging afgegeven.

Zoowel dit arrest, als het arrest, waarbij overeenkomstig het derde lid van art. 9 ontheffing van veroordeeling plaats heeft, worden in het openbaar uitgesproken.

Art. 18 Titel XIV: Indien de veroordeelde niet meer in leven is, kan de herziening worden verzocht door den echtgenoot en elken bloed- en aanverwant van den veroordeelde, of bij gebreke van dezen, worden gevorderd door den procureur-generaal bij den Hoogen Raad.

VERPLAATSING VAN SCHADE EN KOSTEN

(...)

In het algemeen zij hier opgemerkt, dat men (...) van de navolgende beginselen is uitgegaan:

Vooreerst dat, vermits het hier geldt de toekenning van eene vergoeding, die naar streng recht niet zou kunnen worden gevorderd, aan den regter dan ook nieuwe bevoegdheid moet worden toegekend, zoowel in het oordeel of er naar billijkheid grond bestaat voor de toekenning, als in de bepaling van het bedrag;

Ten andere dat, wil men de geheele zaak niet in vele gevallen illusoir maken, de meest eenvoudige vormen behoorden te worden voorgeschreven; en

Ten derde dat, hoezeer de beoordeeling, of er grond tot vergoeding bestaat, schijnt te moeten worden overgelaten aan den regter, van wien de buiten-vervolg-ing-stelling, vrij-spraak of het ontslag is uitgegaan, aan den Staat nogtans een middel moet worden gegeven, om zoo het toegekend bedrag der vergoeding overdreven toeschijnt, dat bedrag aan de nadere vaststelling van den Hoogen Raad te onderwerpen.

De Regering vertrouwt, dat langs dezen weg de behoorlijke oplossing van het vraagstuk kan worden verkregen.”⁶⁴

Het voorstel van de regering leverde een interessant debat op in de Commissie van Rapporteurs, waarvan de uitkomst was dat de regering zich – volgens de Commissie – onvoldoende rekenschap had gegeven van de gevolgen van het voorgestelde stelsel van schadevergoedingen. Het voorlopig verslag van de Commissie van Rapporteurs geeft daarvan een aardig beeld:

“ (...) Wanneer het middel goed zal werken, dan moet het worden toegepast in elk geval, waar wezenlijke benaadeling heeft plaats gehad, en dan behoort de toe te kennen geldsom werkelijk eene volkomene vergoeding van de geleden schade te zijn. Maar dan zullen de justitiekosten aanmerkelijk stijgen. Wil men, om dit te voorkomen, het beginsel slechts ten deele toepassen en de schadevergoeding ten zuinigste berekenen, dan gaat het grootste voordeel ervan verloren. De meening werd geuit, dat de Regering deze nieuwigheid zoude hebben voorgesteld zonder zich in allen deele rekenschap te geven van de gevolgen, die daaruit zullen voortvloeijen. Bijv., ook aan den persoon, die als verkeerdelijk aangehouden door den officier van justitie wordt in vrijheid gesteld, of, indien het door dezen verleende bevel door de regtbank niet wordt bevestigd, verkeerdelijk door den officier van justitie blijkt te zijn aangehouden (Titel VI art. 48) moest in het stelsel van deze voordragt een regt op schadeloosstelling zijn geschonken. Dit is echter niet geschied. Ook de voorschriften nopens de regtsvordering, die tot het verkrijgen der schadevergoeding moet worden ingesteld, schijnen vlugtig te zijn bewerkt, daar zij vrij onvolledig zijn en menige vraag onbeantwoord laten.”

De regering pareerde deze kritiek in de Memorie van Antwoord als volgt:

Heeft ontheffing der veroordeeling plaats, de herstelling bij art. 17 bedoeld geschiedt op verzoek van een dengen, volgens het eerste lid tot het verzoeken van herziening bevoegd. In dat geval kan, met inachtneming van de bepalingen, in het tweede lid van het voorgaande artikel vervat, de vergoeding worden toegekend aan den echtgenoot of bloedverwanten, die de Hooge Raad aanwijst.

⁶⁴ Dit ‘relatieve stelsel van schadevergoeding’ stond later bekend als het ‘stelsel Godefroi-Olivier’.

“Het komt der Regering voor, dat zij, die zich daarmee niet geheel ingenomen verklaarden, niet zijn gestemd tegen het beginsel, maar dat zij alleen tegen de toepassing opzien met het oog op de bezwaren, welke zij van die toepassing in de praktijk verwachten. Vandaar een tal van vragen, die als evenzoovele bedenkingen met betrekking tot dit punt in het verslag worden aangetroffen, maar wier oplossing reeds voor een groot deel voor de hand ligt, wanneer men slechts het denkbeeld terzijde stelt, alsof het ontwerp een *regt* op vergoeding zou toekennen, waarvan het bedrag na contradictoir debat zou moeten worden vastgesteld. – *Regt* tegen den Staat op de hier bedoelde schadevergoeding kan niet worden erkend, en waar geen *regt* is, kan ook geen sprake zijn van eene regtsvordering. Daarom is dan ook uit het ontwerp alles verwijderd, wat zou kunnen doen denken aan een geding tusschen den belanghebbende en den Staat. Alleen uit een oogpunt van billijkheid wordt aan den regter de bevoegdheid gegeven om, met inachtneming van de meest eenvoudige vormen, aan den belanghebbende, wanneer hij dit verzoekt, eene vergoeding toe te leggen tot zoodanig bedrag, als hem naar billijkheid schijnt toe te komen; eene bevoegdheid, die alleen wordt getemperd door het *regt* van den Staat om in het belang van de schatkist op te komen tegen de hoegrootheid van het bedrag. (...) De opmerking eindelijk, dat het ontwerp de bevoegdheid om vergoeding toe te kennen niet geeft in *al* de gevallen, waarin iemand door handelingen uit krachte van het Wetboek van Strafvordering verrigt, schade lijdt, is volkomen onjuist (bedoeld is waarschijnlijk: is volkomen *juist*. (NK)). De Regering heeft gemeend zoo ver niet te moeten gaan, maar zich te moeten bepalen tot die gevallen, waarin de billijkheid voor de vergoeding het meest krachtig scheen te pleiten.”

De regering leek hiermee te willen benadrukken dat de civielrechtelijke aansprakelijkheidsleer voorop stond. Een ‘recht’ (daarmee werd in feite bedoeld een ‘civielrechtelijk subjectief recht’) op schadevergoeding kon niet worden erkend. Een gehoudenheid tot schadevergoeding moest dan ook op een andere grond worden gebaseerd dan op een ‘rechts’grond en de Minister koos daartoe voor de ‘billijkheid’.

Het begrip ‘billijkheid’ leek zo gezien de functie te gaan vervullen van een containerbegrip dat alle andere mogelijke gronden voor de gehoudenheid tot schadevergoeding omvatte die niet waren te ontlelen aan de civielrechtelijke aansprakelijkheidsleer, maar die tegelijkertijd nog niet voldoende waren uitgekristalliseerd om te kunnen worden vertaald in een uniforme, eventueel positiefrechtelijke rechtsgrond. Aan de verhouding tussen ‘billijkheid’ en ‘rechtsgronden’ en aan de verschillende betekenissen en functies van het begrip ‘billijkheid’ zal verderop nog aandacht worden besteed. Hier wordt volstaan met de constatering dat de wetgever oog begon te krijgen voor andere gronden voor schadeverplaatsing dan de gronden die waren te ontlelen aan het traditionele civielrechtelijke aansprakelijkheidsrecht, zij het dat men nog niet bereid was daar het etiket ‘rechtgrond’ op te plakken. Zo gezien kan het begrip ‘billijkheid’ in dit geval ook worden vereenzelvigd met ‘recht in ontwikkeling’ en heeft het betrekking op opvattingen over (verdelende) rechtvaardigheid die iets toevoegden aan de opvattingen die besloten lagen in de ‘vergeldende rechtvaardigheid’.

VERPLAATSING VAN SCHADE EN KOSTEN

Zoals hierboven in par. 3 gemeld, is dit ontwerp van het Wetboek van Strafvordering nooit aangenomen door de Tweede Kamer en is het uiteindelijk van de agenda afgevoerd op 23 juni 1870.

De schadevergoedingskwestie werd pas weer actueel toen art. 35 van het Oorspronkelijk Regeringsontwerp (het ontwerp Smidt) van het nieuwe Wetboek van Strafrecht werd behandeld.⁶⁵ Artikel 35 O.R.O. schreef imperatief voor dat preventieve detentie diende te worden verrekend met de op te leggen straf. De Memorie van Toelichting meldt dienaangaande:

“Is het beginsel goed, dan moeten alle veroordeelden daarvan gelijk genot hebben en moet de vermindering dus van regtswege werken krachtens een gebiedend voorschrift der wet, zonder dat de regter daarop eenigen invloed uitoefent.”

De Raad van State kon zich niet in het voorgestelde art. 35 O.R.O. vinden en adviseerde de regering dan ook zich rekenschap te geven van de mogelijke gevolgen van de regeling:

“Het verdient opmerking, dat de overigens zoo volledige Memorie van Toelichting te dezer plaats met stilzwijgen voorbijgaat de gevolgen, die vroeger of later noodwendig zullen voortvloeien uit het beginsel, in art. 35 gehuldigd.

Wordt de preventieve gevangenis niet meer beschouwd als een in bepaalde gevallen onvermijdelijk middel tot onderzoek van strafzaken, maar als reeds ondergaan straf aan den veroordeelde in rekening gebracht, wat dan te doen met hen, die, na preventief gezeten te hebben, worden vrijgesproken of van regtsvervolgung ontslagen? Het logisch antwoord op die vraag ligt voor de hand: schadevergoeding van staatswege aan hen, die onschuldig van hunne vrijheid bij wege van preventie beroofd werden, is het eenige middel om in het stelsel des ontwerps het evenwigt te bewaren of te herstellen tusschen de veroordeelden eenerzijds en de vrijgesprokenen of ontslagenen anderzijds.

Bij wederindiening van het ontwerp van een Wetboek van Strafvordering in de zitting van 1864-1865 werd (zonder dat de Raad van State daarop vooraf gehoord was) door den toenmaligen Minister van Justitie bedoeld beginsel in voormeld wetboek algemeen opgenomen, een beginsel, waarmede, in zijne algemeenheid opgevat, de Tweede Kamer destijds echter geene ingenomenheid aan den dag legde.

Hoe dit zij, alvorens art. 35 van het tegenwoordig ontwerp tot wet worde verheven, zal men zich rekenschap behooren te geven van de gevolgen, die het in hiervoren bedoelden zin ook voor de vrijgesprokenen en ontslagenen zal kunnen medebrengen.”

De Minister kon zich op zijn beurt niet verenigen met die visie en reageerde in zijn Rapport aan den Koning als volgt:

“Wat wordt aangevoerd? Het logisch gevolg van art. 35 zou worden: “schadevergoeding van staatswege aan hen, die onschuldig bij wege van preventie van hunne vrijheid beroofd

⁶⁵ Art. 35 van het O.R.O. was gebaseerd op art. 36 van het ontwerp van de Staatscommissie voor de Samenstelling van het Wetboek van Strafrecht en zou - zij het gewijzigd - uiteindelijk als art. 27 in het nieuwe Wetboek van Strafrecht van 1886 verschijnen.

KWAKMAN

worden”. Ware dit juist, dan treft het ook reeds het geldende midden- of halve stelsel van art. 21 der wet van 1854, hetwelk toch, zij het dan ten deele, de preventieve detentie op den straftijd in rekening brengt en niettemin door den Raad wordt aanbevolen. Maar het is niet juist. Wordt de prev. hechtenis, alleen op billijkheidsgronden, bij veroordeling op den duur der straf aangerekend, daaruit volgt niet, dat de wet haar als ‘reeds ondergane straf’ beschouwt, en dit laatste alleen zou de gevolgtrekking kunnen wettigen, dat in geval van vrijspraak of ontslag van rechtsvervolging de preventief gedetineerde geacht zoude moeten worden onschuldig s t r a f te hebben ondergaan, waarvoor hen schadevergoeding van staatswege zouden moeten worden toegekend. Het antwoord op de hoogst gewichtige vraag, of dit al dan niet moet geschieden, wordt dus door art. 35 geenszins, zelfs niet bij voorbaat, tot oplossing gebracht.”

Echter, de Tweede Kamer was het daar niet mee eens en voelde meer voor de opvatting van de Raad van State, zoals uit het verslag van de Commissie van Rapporteurs is op te maken:

“De toerekening moet, volgens haar, facultatief blijven... Gebood echter de billijkheid het stelsel van het ontwerp, dan zou geldelijke vergoeding aan praeventief gedetineerden bij ontslag van rechtsvervolging of vrijspraak, althans wegens *gebleken* onschuld, onvermijdelijk zijn. Het antwoord van den Minister op het advies van den Raad van State, die ook op deze consequentie heeft opmerkzaam gemaakt, komt der Commissie niet bevredigend voor. Wanneer de praeventieve hechtenis een noodzakelijk kwaad is, hoe kan dan, als de *noodzakelijkheid* blijkt wèl, als zij *niet* blijkt, geen aanspraak op vergoeding bestaan?

(...)

De Commissie zou zich op grond van een en ander liever vereenigen met het beginsel der facultatieve imputatie... Dit strookt ook geheel met het karakter dat in de ontwerpen van strafvordering van 1863-64 en 1864-65 aan de vergoeding, aan voorloopig aangehouden en die buiten vervolging gesteld worden te verleen, wordt toegekend. Men gaf hun geen *regt* op vergoeding, maar de regter *kon* de vergoeding toeleggen als zij hem *naar billijkheid* voorkwam verdiend te zijn (...).

Uit deze passages kan worden afgeleid dat het begrip ‘billijkheid’ inderdaad geen zelfstandige, eenduidige betekenis had en leek te duiden op ‘recht in ontwikkeling’. Ook hier had de discussie betrekking op de vraag hoe het begrip ‘billijkheid’ nader moest worden afgebakend en ingevuld, in dit geval voornamelijk aan de hand van doelmatigheidsoverwegingen: het streven naar consistentie van het recht en het voorkomen van mogelijk negatieve gevolgen van het stelsel van imperatieve toerekening van preventieve hechtenis op de op te leggen straf.

De opvolger van Minister Smidt, Minister Modderman, besteedde in zijn Memorie van Antwoord vreemd genoeg geen aandacht meer aan deze kwestie. Ook de Tweede Kamer kwam er tijdens de beraadslagingen over de uitgewisselde stukken niet op terug. De Eerste Kamer daarentegen stelde het vraagstuk in haar verslag opnieuw aan de orde:

“Welke is de zienswijze der Regering ten aanzien van schadevergoeding, wanneer preventieve detentie gevolgd wordt door vrijspraak of ontslag van rechtsvervolging? – Men

VERPLAATSING VAN SCHADE EN KOSTEN

gaf toe, dat de vraag zich niet beweegt op het gebied van het materiele strafrecht, maar zou, wegens haar belang, toch gaarne met 's Ministers zienswijze aangaande haar bij deze gelegenheid worden bekend gemaakt. - Enkele leden, zich niet verzettende tegen het doen der vraag aan de Regering, verklaarden evenwel, dat zij het geven van schadevergoeding in die gevallen zouden afkeuren.”

Maar de regering wenste er niet nader op in te gaan en schoof de kwestie vooruit:

“Die zienswijze zal blijken in een wetsontwerp tot dit onderwerp betrekkelijk.”

Bij de herziening van het Wetboek van Strafvordering (met het oog op de inwerkingtreding van het nieuwe Wetboek van Strafrecht) kwam – zoals gezegd – het vraagstuk opnieuw aan de orde. De belangrijkste hierop betrekking hebbende artikelen van het ontwerp van Minister Modderman, dat hij in 1882 voorlegde aan de Raad van State, luiden:

Art. 123j (aanvankelijk niet opgenomen in het O.R.O.)⁶⁶ :

In de gevallen, waarin een voorloopig aangehoudene buiten vervolging wordt gesteld, kan, op zijn verzoek, de rechtbank, na den officier van justitie te hebben gehoord, hem ten laste van den Staat vergoeding toekennen voor de tengevolge van de aanhouding geleden schade.

(art. 123k bood de Staat de mogelijkheid bij de Hoge Raad in verzet te komen tegen de hoogte van het bedrag van de vergoeding)

Art. 221cc (laatste lid):

Indien de - na onderzoek ter terechtzitting v r i j g e s p r o k e n - beklaagde voorloopig was aangehouden, kan de rechtbank hem, op zijn verzoek en op de wijze in art. 123j bepaald, vergoeding toekennen voor de schade door de gevangenhouding geleden. Art. 123k is dan mede van toepassing.⁶⁷

Art. 413:

Indien in een der gevallen bij art. 375 vermeld, na den definitieven afloop der zaak, van de onschuld van enen persoon mogt blijken, welke reeds zijne straf heeft ondergaan, zal, op diens verzoek, de hoge raad den veroordeelde in zijne eer herstellen bij een arrest, hetwelk ten koste van den staat zal worden afgekondigd.

De hoge raad kan bij hetzelfde arrest hem tevens, ten laste van den Staat, vergoeding toekennen voor de schade, door hem ten gevolge van de veroordeeling geleden. Het bedrag der vergoeding wordt bij het arrest vastgesteld en daarvoor door den president een bevelschrift ter uitvoering afgegeven.

(...)

De toelichting bij deze voorgestelde regeling was opmerkelijk beknopt, mede gezien het feit dat vergelijkbare bepalingen nog maar kort geleden bij de Tweede Kamer aanhangig waren geweest, maar nooit tot wet waren verheven. De Minister sloot zich aan bij het

⁶⁶ Zie Smidt, a.w., p. 108.

⁶⁷ Zie De Pinto, a.w., (deel 1), p. 382 e.v.

standpunt van zijn voorganger tijdens de discussies naar aanleiding van art. 27 Sr (art. 35 van het ontwerp Smidt, zie boven) en beperkte zich tot de opmerking dat art. 123j het logische gevolg was van art. 27 Sr.

Met het (nieuwe) tweede lid van art. 413 zocht de Minister aansluiting bij het ontwerp Olivier. Art. 413 lid 2 kwam overeen met de artt. 17 lid 2 en 18 lid 2 van titel XIV van het ontwerp Olivier van 1864, waarmee deze tegemoet was gekomen aan de wensen van de Commissie van Rapporteurs.⁶⁸ (Zie het Voorlopig Verslag naar aanleiding van het ontwerp Godefroi hierboven.) Ook dit werd niet nader toegelicht.

De Raad van State besteedde daarentegen in zijn advies aan de regering uitvoerig aandacht aan de voorgestelde regeling:

“Art. 123 j gaf den Raad stof tot ernstig bezwaar. Over de vraag, of de Staat schadeloosstelling behoort te geven aan den preventief aangehoudene, die buiten vervolging wordt gesteld, is meermalen tusschen rechtsgeleerden een strijd van meeningen geweest; en het *kan* nuttig zijn, dat door dit voorstel de gelegenheid worde opengesteld, dat de Wetgevende Macht zich er over uitlate. De Raad meent echter, dat er te veel pleit *tegen* het voorgesteld, doch geheel onuitgewerkt beginsel van schadevergoeding, zoo algemeen als het in dit artikel is opgenomen, om het te durven aanbevelen. De quaestie is in het jaar 1871 in de Nederlandsche Juristenvereniging besproken, en destijds is de vraag, of schadeloosstelling behoorde te worden toegekend, na buiten-vervolging-stelling of vrijpraak van eenen voorloopig aangehouden beklaagde, met 66 tegen 24 stemmen *ontkennend* beantwoord. Het is niet noodig te dezer plaatse de argumenten die door voor- en door tegenstanders van dat stelsel kunnen gebezigd worden, in het breede ter toetse te brengen. Het gewichtigst argument er tegen komt den Raad voor daarin te zijn gelegen, dat het niet past in het stelsel van wettige bewijsmiddelen, onder welk stelsel veelmalen beklaagden, die voorloopig waren aangehouden, moeten worden ontslagen door de raadkamer of vrijgesproken op de terechtzitting, omdat hunne schuld niet wettig is bewezen, zelfs al is de rechter van die schuld innerlijk overtuigd. Maar, zal men zeggen, in zoodanig geval zal de rechter natuurlijk geen gebruik maken van de hem verleende bevoegdheid om schadevergoeding te verleenen. Dit moge zoo wezen, maar zij, die ze dan *niet* bekomen worden daardoor als het ware gesignaleerd als, hoewel ontslagen of vrijgesproken, vermoedelijk toch wel schuldigen. De vraag voorts uit practisch oogpunt beschouwende heeft de Raad er groot bezwaar tegen, dat den rechter eene onbegrensde bevoegdheid moet worden gelaten, en deze hem dan ook in het voorgedragen art. 123k wordt verleend, om het *bedrag* der schadevergoeding te bepalen. Welke zal daarbij zijn richtsnoer wezen? Het artikel zwijgt daarover en laat alles geheel aan zijn goedvinden over. Kan dat worden goedgekeurd?

Het artikel laat den Staat toe om, als het toegelegd *bedrag* der schadevergoeding te hoog voorkomt, bij den Hoogen Raad in verzet te komen, maar laat onbeslist wie daarbij voor den Staat moet opkomen. Is het de procureur-generaal bij den Hoogen Raad? Of is het de landsadvocaat? Dat wordt in het midden gelaten.

Een voornaam geval waarin toekenning van schadeloosstelling te verdedigen, zelfs aan te prijzen zoude zijn, is dat hetwelk voorzien is bij art. 413 (het uiteindelijke art. 379 (NK)) van het Wetboek, het geval dat iemand die zijne straf ondergaat of ondergaan heeft, *gebleken* is *onschuldig* te zijn veroordeeld geweest. De Hooge Raad, dien onschuldig veroordeelde bij arrest plechtig in zijne eer herstellende of is de veroordeelde overleden, zijne nagedachtenis

⁶⁸ Zie De Pinto, a.w., (deel 2), p. 519 e.v.

VERPLAATSING VAN SCHADE EN KOSTEN

van den blaam der uitgesprokene veroordeeling zuiverende, zoude in dat geval tevens aan hem, of is hij overleden, aan zijne echtgenoot of nagelaten betrekkingen eene geldelijke vergoeding kunnen toekennen. Het geval, in art. 413 voorzien, zal zich zeker, zoo al ooit, hoogst zelden toch voordoen, en in dat zeldzaam geval zoude aan dat *hoogste rechterlijke college* eene bevoegdheid worden toegekend, gelijk in dit ontwerp bij art. 413 dan ook gedaan wordt, tot het toekennen van eene geldelijke vergoeding. Wellicht zou zelfs nog een stap verder moeten worden gegaan en de bevoegdheid gegeven om ook aan personen, die vervolgd en preventief gedetineerd zijn geweest ter zake van eenig strafbaar feit, waarvan later *blijkens vonnis* is uitgemaakt, dat niet zij, maar anderen de daders waren (men denke aan den moord Van der Kouwen hier ter stede), eenige billijke geldelijke vergoeding toe te kennen. De wijze, waarop deze dan zal moeten gevorderd worden dient daarbij tevens te worden geregeld. Maar *verder* behoort niet te worden gegaan; den rechter moet zoodanige bevoegdheid noch bij buiten-vervolg-stelling noch bij vrijspraak van gedetineerden worden toegekend. De Raad acht zich verplicht om de voorgestelde artt. 123 j en k, gelijk zij er liggen, ernstig te ontraden en dus ook het laatste lid van art. 221 cc (het uiteindelijke art. 217 (NK)), waarin de eerstgemelde artikelen op het vonnis van vrijspraak worden van toepassing verklaard.”

Ook in dit advies lag het accent op overwegingen die zijn te herleiden tot het ‘algemeen belang’ en de zorgtaak van de overheid in dat verband (het streven naar consistentie in het recht – vgl.: het voorgestelde stelsel zou niet passen in het stelsel van wettige bewijsmiddelen – en de bescherming van vrijgesproken verdachten tegen de ‘vox populi’). Daarnaast speelde het verwijtbaarheidsbeginsel in de ogen van de Raad van State nog een rol in die zin dat schadevergoeding slechts behoorde te worden toegekend bij hoge uitzondering, dat wil zeggen aan evident onschuldigen.

Minister Du Tour van Bellinchave, die inmiddels Minister Modderman was opgevolgd, kon zich in grote lijnen verenigen met het standpunt van de Raad van State en schrapte in zijn ontwerp niet alleen de artt. 123 j en k en art. 221 cc laatste lid, maar zelfs het door de Raad van State reeds goedgekeurde artikel 413 lid 2. Dat laatste lichtte hij in zijn Rapport aan den Koning als volgt toe:

“Met de beschouwingen van den Raad van State tegen het in het ontwerp van zijnen ambtsvoorganger voorgesteld beginsel van schadevergoeding te verleen aan den preventief gedetineerde die buiten vervolging wordt gesteld, kan de ondergeteekende zich geheel vereenigen.

Hij zou dan ook, naar aanleiding van het bovengezegde dit punt hier niet ter sprake hebben gebracht, ware het niet dat de Raad aan deze beschouwingen een voorstel vastknoopt dat hij, niettegenstaande de billijkheidsgronden die er voor schijnen te pleiten, niet kan overnemen. De Raad wenscht namelijk de schadeloosstelling wel toe te kennen aan hem die onschuldig is veroordeeld en op de wijze, voorgeschreven bij art. 413, in zijne eer is hersteld. Het komt den ondergeteekende voor, dat het geheele vraagstuk der schadeloosstelling vreemd is aan het doel dezer wijzigingswet en dat het hier een van die punten geldt, die, omdat zij tot zooveel strijd voor en tegen aanleiding zouden geven, bij deze gelegenheid niet ter sprake mogen komen, ten einde noodezooze vertraging, wellicht mislukking van het geheele plan te voorkomen.

Dit kan te minder kwaad, omdat de Raad van State zelf erkent dat het geval, zoo al ooit, toch zeker hoogst zelden zal voorkomen.”

De Commissie van Rapporteurs was echter van oordeel dat er goede gronden waren om onschuldig veroordeelden een ruime vergoeding toe te kennen en wenste art. 413 lid 2 in de wet opgenomen te zien.⁶⁹ De regering en de Tweede Kamer waren het daarover immers al ruim twintig jaar eerder eens geworden. Desondanks achtte de Minister dit vraagstuk nog hoogst bedenkelijk en wilde hij het “bij deze herziening niet te zien uitgemaakt”.⁷⁰

In het Verslag van de Commissie van Rapporteurs werd voorts opnieuw aandacht besteed aan de kwestie ‘schadevergoeding aan niet veroordeelden’:

“Hoewel in dit ontwerp niet voorgesteld, vond men in het advies van den Raad van State en in art. 27 van het Wetboek van Strafrecht aanleiding, dezen maatregel te bespreken. Wanneer alle vormen worden in acht genomen, zoo werd eenerzijds opgemerkt, kan de preventieve hechtenis niet als een onrecht worden aangemerkt dat op schadevergoeding aanspraak geeft. Dit werd toegegeven. Preventieve hechtenis levert geen onrechtmatige daad op, die als zoodanig tot schadevergoeding aanleiding geeft. Daaruit volgt echter niet, dat volgens de regelen van billijkheid aan preventief gedetineerden, die niet veroordeeld worden, geene vergoeding zooveel mogelijk behoort te worden toegekend. De preventieve hechtenis is een kwaad, waaraan een ieder zich ter willen van het algemeen nut moet onderwerpen, evenals aan de oproeping om als getuige te verschijnen en de onteigening ten algemeenen nutte. Al moge de eisch van den Staat niet onrechtmatig zijn, zij is toch voor dengene, dien het betreft, eene hardheid, die in billijkheid aanspraak geeft op vergoeding. Het Wetboek van Strafrecht heeft de verplichting van den Staat, om preventieve hechtenis zoveel mogelijk weder goed te maken, toegegeven door bij art. 27 te bepalen dat zelfs bij veroordeeling de preventieve hechtenis geheel of gedeeltelijk in mindering kan worden gebracht. Waar de preventieve hechtenis alzoo als het ware *in natura* kan worden gerestitueerd, geeft de wet de bevoegdheid die in rekening te brengen en te compenseren.

Dezelfde beweegreden moet er toe leiden om bij vrijspraak of ontslag van rechtsvervolging - waar compensatie niet mogelijk is - de mogelijkheid tot vergoeding op andere wijze - d.i. in geld - open te stellen. Zooals de zaak nu geregeld is, zal het voor den beklaagde, die bijv. drie maanden in preventieve hechtenis heeft doorgebracht, volkomen gelijk staan of hij vrijgesproken wordt, dan wel tot drie maanden gevangenisstraf veroordeeld.”

Opnieuw werd dus een poging ondernomen om aan beginselen van, of opvattingen over rechtvaardigheid gronden voor een verevening van schade te ontleen (en deze van het billijkheidslabel te voorzien), die op een andere leest waren geschoeid dan op de onrechtmatige-daadsleer. Van een onrechtmatige daad was immers geen sprake. In dit geval werd een beroep gedaan op de ‘hardheid’ van de preventieve hechtenis, die zou nopen tot solidariteit met de gedupeerden. Maar opnieuw werden daartegen de gebruikelijke, evenmin aan het traditionele aansprakelijkheidsrecht ontleende, argumenten ingebracht, zij het gelardeerd met het verwijtbaarheidsbeginsel:

⁶⁹ Zie De Pinto, a.w., (deel 2), p. 521.

⁷⁰ De Pinto, a.w., (deel 2), p. 522.

VERPLAATSING VAN SCHADE EN KOSTEN

“Tegen het bovenstaande werd wederom aangevoerd, dat de rechter, door den beklagde vrij te spreken of van rechtsvervolging te ontslaan, geenszins diens onschuld uitspreekt, maar alleen constateert dat zijne schuld niet bewezen is, of wel dat de door hem begane daad geen strafbaar feit oplevert. Facultatieve toepassing der schadeloosstelling zou bovendien in de oogen van het publiek een smet werpen op hem, aan wien zij niet werd toegekend. Het gaat bovendien niet aan, zoo werd gezegd, om de verplichting van als getuige te verschijnen of de onteigening ten algemeene nutte met het ondergaan der preventieve hechtenis gelijk te stellen. En wat betreft de bepaling, dat bij veroordeeling de preventieve hechtenis geheel of gedeeltelijk in mindering kan worden gebracht, deze vindt geenszins haar grond in de verplichting van den Staat, om de preventieve hechtenis zoveel mogelijk weder goed te maken, maar in het beginsel, dat in dergelijke gevallen aan het vonnis eene terugwerkende kracht wordt toegekend. Maar, zoo werd hiertegen opgemerkt, waarom dan aan het vonnis van vrijspraak niet evenzeer eene terugwerkende kracht toegekend?”⁷¹

De Minister hield voet bij stuk en antwoordde kortaf dat van hem geen voorstel tot het toekennen van schadevergoeding aan niet-veroordeelden was te verwachten.

Ten slotte wijdde het kamerlid Oldenhuis Gramata nog een nota aan het vraagstuk:

“Omtrent de ter behandeling in de afdelingen bepaalde “bevoegdheid tot het toekennen van schadevergoeding aan niet-veroordeelden, min of meer beperkt”, antwoord ik: Iemand die ten onrechte in preventieve hechtenis heeft gezeten heeft geen RECHT op schadevergoeding; de Staat, verplicht om het veilige recht van allen en van de enkelen te bevorderen, kan in de wettige uitoefening van dien plicht geen onrecht doen en moet zich des noods straffeloos kunnen vergissen; ook zouden bij eene tegenovergestelde leer velen vergissing bevorderen; art. 27 van het Wetboek van Strafrecht geeft geen grond voor het bestreden denkbeeld; in Oostenrijk schijnt onlangs eene wet tot stand te zijn gekomen om schadeloosstelling toe te kennen aan slachtoffers van rechterlijke dwalingen, en Jules Roche poogt dit in Frankrijk in te voeren. Het is echter eene bedenkelijke zaak; het schijnt mij beter toe het verleen van schadevergoeding billijkheidshalve in zeer uitstekende gevallen aan de wet over te laten en voor 't overige van de rechterlijke nauwgezetheid en nauwkeurigheid te vertrouwen, dat er weinig of geene dwalingen plaats hebben, zooals die gelukkig in Nederland ook zeldzaam zijn.’

De kwestie werd opnieuw op de lange baan geschoven, maar de toon was gezet. Tal van auteurs, en ook de Nederlandse Juristen-Vereniging, besteedden vanaf dat moment uitvoerig aandacht aan het vraagstuk. Daarnaast kwam het onderwerp nog vele malen aan de orde tijdens de begrotingsbehandelingen in de Tweede Kamer.⁷² Het zou echter tot 1926 duren voordat de algemene wens om deze kwestie afdoende te regelen resulteerde in een wettelijke voorziening.

⁷¹ Smidt, a.w., p. 113 e.v.

⁷² Zie Caudri, a.w., p. 66 e.v.

3.1.2 Niet verschenen getuigen⁷³

Ten opzichte van het Wetboek van Strafvordering van 1838 zijn de bepalingen met betrekking tot de verplaatsing van de kosten ten gevolge van het niet verschijnen van opgeroepen getuigen, in het herziene Wetboek van Strafvordering van 1886 redactioneel enigszins aangepast, maar inhoudelijk veranderde er weinig.

De artt.157-159 van het herziene wetboek van 1886 (art. 188-190 O.R.O.) luiden als volgt:

Art. 157

Indien een op de lijst vermelde getuige blijkt niet te zijn verschenen, kan de regtbank (...) het onderzoek voor bepaalde of onbepaalde tijd schorsen (...).

Art. 158

In de gevallen, bij het voorgaande artikel bedoeld, wordt de getuige, tenzij blijke van geldige verhindering, op vordering van den officier van justitie, bij het vonnis, waarbij het onderzoek wordt geschorst, veroordeeld tot betaling der dien ten gevolge noodeloos gemaakte gerechtskosten, bij lijfswang op hem te verhalen. (...).

Art. 159

De getuige kan van de kosten geheel of gedeeltelijk worden ontheven, indien hij op de nadere terechtzitting voor zijn achterblijven gegronde redenen of versoepende omstandigheden ter beoordeling van de regtbank aanvoert. (...).

De regering had nog wel voorgesteld om – in tegenstelling tot art. 177-178 Sv 1838 – de ontheffing van de kosten verplicht te stellen in geval er sprake zou zijn van een geldige reden voor het niet verschijnen van de getuige, en facultatief een gedeeltelijke ontheffing toe te laten in geval er sprake zou zijn van versoepende omstandigheden. De Commissie van Rapporteurs gaf echter de voorkeur aan een facultatieve ontheffing voor beide varianten, aangezien de grens tussen ‘gegronde redenen’ en ‘versoepende omstandigheden’ moeilijk te trekken zou zijn. De regering kon zich daarin vinden.

Uit de beraadslagingen kan worden afgeleid, dat de verwijtbaarheid (nog steeds) een belangrijke rol speelde bij de vraag in hoeverre de kosten ten gevolge van de vertraging van het geding voor rekening van de niet-verschenen getuige behoorden te komen.

3.1.3 De kosten van getuigen en andere kosten van de verdediging⁷⁴

Over dit onderwerp is nogal wat te doen geweest. Er heeft met betrekking tot deze materie in zekere zin een omslag plaatsgevonden in het denken van de wetgever. Dat heeft

⁷³ Zie Smidt, a.w., p. 502 e.v. en De Pinto, a.w., (deel 2), p. 75 e.v.

⁷⁴ Zie Smidt, a.w., p. 243 e.v., p. 465 e.v., p. 612 e.v. en De Pinto, a.w., (deel 2), p. 238 e.v.

VERPLAATSING VAN SCHADE EN KOSTEN

geresulteerd in een ruimhartigere schadeloosstelling van verdachten die niet schuldig waren bevonden aan het hen tenlaste gelegde strafbare feit. Deze schadeloosstelling beperkte zich ook niet langer tot de kosten van getuigen maar betrof tevens de kosten ‘tot het bijbrengen van stukken’. Hieronder volgt een overzicht van de opvattingen van de regering en de beraadslagingen over dit onderwerp, die voor zich spreken. Daaraan voorafgaand eerst een overzicht van het stelsel waarin de parlementaire beraadslagingen hebben geresulteerd:

Artikel 146, lid 1 (art. 176 O.R.O.):

Onverminderd de bevoegdheid van den beklaagde om zelf getuigen en deskundigen te doen dagvaarden, kan op zijn verzoek de president van de regtbank bevelen, dat deze van wege den officier van justitie of den in nummer 2 van het eerste lid van art. 141 bedoelden ambtenaar worden gedagvaard.
(...).

Artikel 216 (art. 221 bb O.R.O.):

Indien de regtbank niet uit wettige bewijsmiddelen de overtuiging heeft geput, dat het ten laste gelgde feit is gepleegd of dat het is gepleegd door den beklaagde, spreekt zij den beklaagde vrij.

Indien het feit of de dader niet strafbaar is, ontslaat zij den beklaagde van alle rechtsvervolgving te dier zake.

Indien uit andere hoofde ter zake van het feit geen regt tot strafvordering aanwezig is, verklaart zij den officier van justitie niet ontvankelijk.

Artikel 217 (art. 221 cc O.R.O.):

In de gevallen, voorzien bij het voorgaand artikel, beveelt de regtbank dat de kosten, door den beklaagde gemaakt tot dagvaarding en schadeloosstelling van getuigen of deskundigen of tot het bijbrengen van stukken, met uitzondering van die kosten, welke de regtbank verklaart noodeloos te zijn gemaakt, den beklaagde door den Staat worden vergoed.

Het bedrag der vergoeding wordt bij vonnis vastgesteld.

Door den president wordt daarvoor, zoodra het vonnis in kracht van gewijsde is gegaan, een bevelschrift van tenuitvoerlegging afgegeven.

De ratio voor deze ruimere schadeloosstelling is te vinden in het algemene deel van de Memorie van Toelichting bij Titel III (t.b.v. de algemene beschouwingen daarover) en in de Memorie van Toelichting bij artikel 217 (art. 221cc van het O.R.O en van het G.O):

In de MvT bij Titel III stelde de regering:

“Tot de verdediging wordt niet minder gevorderd, dat de beklaagde in de gelegenheid zij, zich de middelen die tot de verdediging benodigd zijn te verschaffen. De tegenwoordige wet heeft de gaping van art. 321 van den Code d'instruction criminelle aangevuld, door blijkens het tweede lid van art. 187 (oud), bij weigering van het openbaar ministerie tot dagvaarding van getuigen, door den beklaagde opgegeven, den president bevoegd te verklaren die dagvaarding te bevelen. Dit belet echter niet, dat, bij weigering van het openbaar ministerie en van den president (hoedanige weigering licht het gevolg zal zijn van de onbekendheid met hetgeen de opgegeven getuigen zullen kunnen verklaren), de beklaagde, waar hij, gelijk meestal het geval is, onvermogen is, door de kosten wordt

KWAKMAN

weerhouden om zijne verdediging behoorlijk voor te bereiden; terwijl het bezwaar niet weinig wordt vergroot door de onzekerheid, of de rechter, bij vrijspraak, gebruik zal maken van de bevoegdheid, hem bij het laatste lid van art. 187 (oud) verleend ⁽⁷⁵⁾; daargelaten nog, dat die bevoegdheid zich slechts tot vrijstelling van enkele kosten beperkt en zich bijvoorbeeld niet uitstrekt tot die, welke zijn gemaakt voor het lichten van stukken. Het besef van het gewicht dezer bedenkingen leidt tot een meer vrijgevig stelsel. Van daar dat, terwijl het voorgedragen artikel 176 ⁽⁷⁶⁾ eene soortgelijke bepaling inhoudt als het tweede lid van bovengenoemd art. 187, art. 221cc ⁽⁷⁷⁾, dat te zijner plaats in enkele bijzonderheden nader zal worden besproken, die thans in de wet gelegen onbillijkheid opheft.”

In de MvT bij artikel 217 (221cc O.R.O. en G.O.) werden vervolgens de bijzonderheden waar de regering op doelde, nader besproken:

“De onbillijkheid, thans in de wet gelegen dat zelfs bij vrijspraak den beklaagde vergoeding kan worden onthouden voor de kosten door hem gemaakt, ook voor de meest noodzakelijke, en dat in den regel dan ook die vergoeding hem onthouden wordt, moet worden weggenomen. (...) De reden waarom de vergoeding bij de bestaande wet niet verplichtend wordt gesteld, was blijkens de antwoorden van de Regeering (Voorduin II, bladz. 80) ⁽⁷⁸⁾ gelegen in de vrees voor de *onberekenbare sommen, die zoodanige bepaling aan den lande zoude kosten* en in de bedenking dat zij *in twijfelachtige gevallen den rechter eerder zou kunnen leiden tot veroordeling*. (...)”

Blijkens deze overwegingen beriep de regering zich op bepaalde overwegingen van doelmatigheid (opnieuw in de sleutel van de ‘billijkheid’ gezet)⁷⁹ die inmiddels meer gewicht in de schaal zouden leggen dan de doelmatigheidsoverwegingen op grond waarvan voorheen was gekozen voor een nogal zuinig vergoedingstelsel. Dat resulteerde in een ‘meer vrijgevig stelsel’, zij het gecorrigeerd door het verwijtbaarheidsbeginsel: de meeste kosten die de verdachte voor zijn verdediging had moeten maken, kwamen voor rekening van de Staat, tenzij de verdachte werd veroordeeld.

Opvallend is wel dat hier met geen woord werd gerept over de vraag of de kostenvergoeding behoorde te gelden voor alle niet-veroordeelde verdachten, dan wel alleen voor degenen die evident onschuldig bleken te zijn (vgl. de discussies in verband met de kwestie ‘schadevergoeding na preventieve hechtenis’). Overwegingen van doelmatigheid, in dit geval het bevorderen van een behoorlijke verdediging, lijken wat dat

⁷⁵ Zie par. 2.2.3 (NK).

⁷⁶ Art. 146 van het uiteindelijke wetboek; zie boven. (NK)

⁷⁷ Art. 217 van het uiteindelijke wetboek; zie boven. (NK)

⁷⁸ Zie par. 2.2.3 (NK).

⁷⁹ Hier wordt opnieuw gesproken van ‘doelmatigheidsoverwegingen’ aangezien deze overwegingen niet rechtstreeks zien op de vraag hoe de geleden schade zo rechtvaardig kan worden verdeeld (op grond van bijvoorbeeld beginselen van ‘vergeldende’ of ‘collectiviserende’ rechtvaardigheid) maar primair betrekking hebben op de vraag hoe een daarbuiten liggend doel kan worden gerealiseerd. I.c. het recht van eenieder op een behoorlijke verdediging en een eerlijk proces.

VERPLAATSING VAN SCHADE EN KOSTEN

betreft een belangrijk tegenwicht te bieden ten opzichte van het ‘verwijtbaarheidsbeginsel’, waaraan normaal gesproken zwaar werd getild.

De Commissie van Rapporteurs kon zich in de overwegingen van de regering vinden.

Er werd nog wel gedebatteerd over vrijwillig gemaakte kosten van rechtsbijstand, die in verband met het door de regering voorgestelde ‘stelsel van ambtshalve verdediging’⁸⁰ als ‘nodeloos gemaakte’ kosten konden worden beschouwd. Echter, dit door de regering verdedigde stelsel van ambtshalve (verplichte) verdediging werd door de Tweede Kamer verworpen. Het argument dat vrijwillig gemaakte kosten van de verdediging, naast de kosten van de ambtshalve verdediging, in alle gevallen als onnodige kosten moesten worden beschouwd, ging dus niet meer op. De Pinto noteert daarover: “Zooals de zaak nu door de artt. 132 en 236⁸¹ is geregeld (toevoeging raadsman (NK)), kan men zeker niet zeggen, dat de kosten der verdediging in alle gevallen, waarin den beklaagde niet ambtshalve een raadsman wordt toegevoegd, VRIJWILLIG, – dat is in het verband, waarin dit woord in het regeeringsantwoord voorkomt, BUITEN NOODZAAK – worden gemaakt.”⁸²

Desondanks bleven de kosten van de rechtsbijstand in beginsel voor rekening van de (gewezen) verdachte. Dat was slechts anders als de verdachte preventief was gedetineerd. In dat geval werd hem door de president van de rechtbank of van het gerechtshof (imperatief) een raadsman toegevoegd, los van verzoek of onvermogen (art. 132, 236).

Het voert in dit bestek te ver, nader in te gaan op het voorstel van de regering betreffende de ‘ambtshalve verdediging’ en de tegenstand die dat opriep in het parlement.⁸³ De uitvoerige beraadslagingen over dit voorstel resulteerden uiteindelijk in het stelsel van art. 132 en 164, dat in grote lijnen overeenkwam met het oude stelsel van art. 148 en 149 van het wetboek van 1838. Interessant is nog te melden dat men het niet eens kon worden over de vraag of de kosten van de verplichte toevoegingen voor rekening van de balie kwamen, of dat de toegevoegde raadsman van staatswege een honorarium en een onkostenvergoeding behoorde te worden toegekend. Vooralsnog bleef alles bij het oude: de balie werd geacht haar verantwoordelijkheid in deze te kennen en zich belangeloos

⁸⁰ Bedoeld wordt: een stelsel van ‘verplichte verdediging’ (rechtsbijstand) in het strafproces, zoals dat in beginsel ook in het civiele recht geldt.

⁸¹ Art. 132: Indien bij de verwijzing naar de terechtzitting ter zake van een misdrijf de beklaagde zich te dier zake in gevolge art. 86 in verzekerde bewaring bevindt en wordt gehouden of daarbij zijne gevangenneming wordt bevolen, bepaalt de regtbank, dat aan den beklaagde ambtshalve een raadsman zal worden toegevoegd.

De toevoeging geschiedt door den president der regtbank (...).

Art. 236: Den beklaagde, die ter zake van het feit, waarvoor hij terecht staat, in verzekerde bewaring is, wordt door den president van het gerechtshof een raadsman toegevoegd. (...). (NK)

⁸² Zie De Pinto, a.w., (deel 2), p. 240.

⁸³ Zie daarvoor De Pinto, a.w., (deel 1), p. 320-333 en m.n. p. 327 e.v. (het amendement van Mackay) en Smidt, a.w., p. 244-276 en 418-423.

beschikbaar te stellen voor deze taak, die haar van overheidswege was opgedragen in het algemeen belang. Daarin kwam pas verandering toen – nadat onder meer de NJV in 1889 en 1907 al had gepleit voor een vergoeding van staatswege – in het nieuwe Wetboek van Strafvordering van 1926 daaromtrent een voorziening werd getroffen.⁸⁴

3.1.4 Veroordeling in de proceskosten⁸⁵

De tegenhanger van de vergoeding van de kosten die de verdachte ten behoeve van zijn (succesvolle) verdediging heeft moeten maken, is de verwijzing van de veroordeelde in de kosten van het proces.⁸⁶

Ook dit onderwerp heeft nogal wat voeten in de aarde gehad. Voor het eerst werd het stelsel van de veroordeling in de proceskosten ter discussie gesteld. Tot dan toe was er geen twijfel over mogelijk geweest (dat gold ook in andere rechtsstelsels) dat de kosten van het proces op het conto van de veroordeelde behoorden te worden bijgeschreven. De Staat hoorde daarvoor niet op te draaien aangezien ze waren veroorzaakt door de veroordeelde. (Helemaal consequent is het overigens niet dat dit uitgangspunt kennelijk niet gold voor andere kosten, zoals alle overige kosten van de rechtspraak of de executie.)

Deze vertrouwde vanzelfsprekendheid begon dus vanaf dat moment scheurtjes te vertonen, zij het dat daaraan aanvankelijk geen principiële overwegingen ten grondslag lagen maar een kosten-batenanalyse. In deze kosten-batenanalyse werden weliswaar ook de mogelijk onbillijke gevolgen van het stelsel betrokken, maar het waren toch vooral de praktische bezwaren van het stelsel – afgezien van de financiële overwegingen – op grond waarvan van verschillende zijden werd voorgesteld het stelsel van veroordeling in de proceskosten dan maar af te schaffen. De regering meende echter dat het, gezien het doel van de herzieningsoperatie (het mogelijk maken van de inwerkingtreding van het Wetboek van Strafrecht) nu niet de tijd was om uitgebreid bij deze kwestie stil te staan en liet – op een enkele wijziging na – alles bij het oude. Desondanks is het interessant de aangevoerde argumenten de revue te laten passeren. Daaraan voorafgaand volgt hieronder eerst de tekst van de artikelen die op deze materie betrekking hebben, zoals ze zijn opgenomen in de definitieve versie van het herziene Wetboek van Strafvordering van 1886.

⁸⁴ Zie o.a. Staatscommissie Ort, *Ontwerp tot vaststelling van een Wetboek van Strafvordering* (deel II: Toelichting), Den Haag 1913, p. 76-78.

⁸⁵ Zie Smidt, a.w. p. 604 e.v. en De Pinto, a.w., (deel 2), p. 230 e.v.

⁸⁶ Daaronder werden, naast bijvoorbeeld het loon van de griffier, ook begrepen de kosten van de afgifte van stukken, mits ze kosteloos waren verstrekt. De stukken werden – op verzoek van de verdachte – slechts kosteloos verstrekt als de verdachte onvermogen was. In dat geval werden de kosten als gerechtskosten beschouwd (art. 134) en kwamen ze alsnog voor zijn rekening indien hij werd veroordeeld. Als de verdachte daarentegen niet onvermogen was, kon hij slechts de beschikking krijgen over de stukken tegen betaling van de kosten van de afgifte. De kosten bleven in dat geval voor zijn rekening, ongeacht of hij al dan niet werd veroordeeld. Zie Smidt, a.w., p. 423 e.v. en De Pinto a.w., (deel 1), p. 462 e.v.

VERPLAATSING VAN SCHADE EN KOSTEN

Art. 214 (art. 221z O.R.O.)

Bij schuldig verklaring wordt de straf opgelegd op het feit gesteld.

De veroordeelde wordt tevens verwezen in de kosten.

Zijn meerder feiten ten laste gelegd en wordt de beklaagde slechts ter zake van sommige dier feiten veroordeeld, dan kan de verwijzing in de kosten ook voor een deel der kosten plaats hebben.

Bij veroordeeling van mede-beklaagden wegens hetzelfde misdrijf, heeft hoofdelijke verwijzing in de kosten plaats.

Worden mede-beklaagden wegens hetzelfde misdrijf veroordeeld, dan wordt voor ieder der veroordeelden het aandeel in de kosten van het vonnis bepaald.

Indien mede-beklaagden niet allen worden veroordeeld, kan, ten aanzien van den veroordeelde, verwijzing in de kosten ook voor een deel plaats hebben.

Kosten, door of ten behoeve van den beklaagde gemaakt, zijn alleen in zooverre onder de gerechtskosten begrepen, als zij zijn veroorzaakt door de afgifte van kosteloze afschriften van stukken aan den beklaagde en de oproeping van getuigen of deskundigen, die ingevolge verzoek van den beklaagde op bevel van den president zijn gedagvaard.

Art. 215 (221aa O.R.O.)

De veroordeeling in de kosten wordt uitvoerbaar verklaard, ook bij lijfswang, waarvan de langste duur door de regtbank wordt bepaald.

De veroordeelde kan voor de kosten waarin hij bij de uitspraak wordt verwezen, in geen geval langer dan zes maanden in gijzeling worden gehouden.

De lijfswang kan niet meer worden toegepast, wanneer vijf jaren na de geheele uitvoering der straf zijn verlopen, of, wanneer het regt tot uitvoering der straf door verjaring is vervallen.

De MvT bij deze artikelen verantwoordde de aanpassingen t.o.v. art. 207 Sv 1838 als volgt:

De voorschriften omtrent de verhaalbaarheid van de gerechtskosten behorende eene plaats te vinden in het Wetboek van Strafvordering.

De solidariteit en de bevoegdheid tot toepassing van het middel van lijfswang zijn overgenomen uit de artt. 52, 55 en 469 van den Code Pénal en uit de wet van 31 December 1875 (Staatsblad no. 255) aan welke bepalingen de macht des rechters tot eene solidaire veroordeeling in de kosten wordt ontleend.

Het derde en zesde lid behelzen nieuwe bepalingen, die zich door de billijkheid laten aanprijzen, terwijl ook het vierde lid eene leemte aanvult in de bestaande wet.

Het laatste lid (7^e lid (NK)) eindelijk worde vergeleken met art. 187 (oud), tweede lid.⁽⁸⁷⁾ De daarin vervatte bepaling, dat de kosten van de getuigen, die beklaagden bijbrengt, te zijnen laste blijven, geldt echter ook voor andere kosten door hem gemaakt. Beter schijnt het dus, in eene bepaling van algemeene strekking, als hier wordt voorgesteld, alle kosten, door of ten verzoeken van den beklaagde gemaakt, af te scheiden van de gerechtskosten, waaruit dan van zelf volgt, dat, te wiens laste ook de gerechtskosten later worden gebracht, de kosten voor den beklaagde gemaakt, als eene daarvan vreemde zaak, daarin niet zijn begrepen. De uitzondering blijft echter gehandhaafd, wat betreft getuigen (waarbij hier gevoegd worden

⁸⁷ Zie par. 2.2.4 (NK).

deskundigen) ten verzoeken van den beklaagde gedagvaard op last van den president, overeenkomstig het vastgestelde bij art. 176 ⁽⁸⁸⁾ van dezen titel.

Dat laatste betreft dus de vraag welke kosten precies tot de ‘gerechtskosten’ moesten worden gerekend. De kosten die de beklaagde zelf maakte zonder tussenkomst van het OM of de rechter, in ieder geval niet. Dat laat onverlet – zo zagen we in de vorige paragraaf – dat een niet veroordeelde verdachte in aanmerking kon komen voor een vergoeding daarvan.

Het komt er samengevat op neer dat een veroordeelde verdachte werd verwezen in de proceskosten en dat ook de kosten die hij zelf in verband met zijn verdediging had gemaakt, voor eigen rekening kwamen. Als de verdachte niet werd veroordeeld, waren de proceskosten voor rekening van de Staat (met uitzondering van de kosten van verzet, zie onder) en kon de gewezen verdachte bovendien in aanmerking komen voor een vergoeding van (bepaalde) kosten die hij daarnaast zelf had moeten maken.

Zoals aan het begin van deze (sub)paragraaf werd gemeld, zijn er in de loop van de besprekingen omtrent dit onderwerp, voorstellen gedaan om af te stappen van het stelsel van veroordeling in de proceskosten. Vooral de Raad van State besteedde in zijn advies uitvoerig aandacht aan dit vraagstuk, waarbij evenwel niet zozeer de principiële vraag aan de orde werd gesteld of het stelsel zich wel verdroeg met het publieke karakter van het strafproces, maar waarbij het accent werd gelegd op de mogelijk onrechtvaardige gevolgen en praktische bezwaren die het stelsel meebracht.

Hieronder worden de overwegingen terzake, zoals te vinden in het Advies van de Raad van State, integraal opgenomen:

“Daar toch vele wijzigingen van ingrijpenden aard worden voorgesteld, andere dan door de invoering van het Strafwetboek worden geëischt, schijnt het in aanmerking te mogen komen, gezet de vraag in overweging te nemen of de bestaande regeling van het verhaal der gerechtskosten behoort te worden bestendigd. De Raad van State meent althans op dat onderwerp de aandacht te moeten vestigen. Hij wenscht niet stil te staan bij de meer theoretische vraag, of het bestaande stelsel zich wel verdraagt met de aard der publieke actie, maar enkele te wijzen op de meer praktische zijde van het vraagstuk. Twijfelachtig toch schijnt het, of, terwijl alle kosten van rechtspraak en executie zonder enig verhaal ten laste van den Staat komen, er wel eenige reden bestaat, daarop eene uitzondering te maken ten aanzien van de gerechtskosten in engeren zin.

Het is moeilijk voor tegenspraak vatbaar dat de veroordeeling in de kosten in sommige gevallen een onevenredig zwaren druk legt op de veroordeelden. In verhouding tot het gepleegde strafbare feit, bezwaart zij den een meer dan den ander. Het bedrag der kosten is dikwerf afhankelijk van hoogst toevallige omstandigheden, somtijds ook van het meer of minder goede beleid der ambtenaren, die met de vervolging belast zijn. Wegens het solidaire der veroordeeling, indien er mede-veroordeelden zijn, wordt de een bezwaard met kosten, door den ander veroorzaakt.

⁸⁸ Art. 146 van het uiteindelijke Wetboek van Strafvordering van 1886; zie vorige paragraaf. (NK)

VERPLAATSING VAN SCHADE EN KOSTEN

Is daarom de rechtvaardigheid van het stelsel niet boven alle bedenking verheven, ook in ander opzicht, waar het de executie betreft, werkt het dikwerf hoogst onbillijk en tegen het maatschappelijk belang.”

De Raad van State lijkt zijn twijfels betreffende de vraag of het stelsel wel voldoet aan de vereiste ‘rechtvaardigheid’ te ontleen aan een rechtvaardigheidsbeginsel dat sterk doet denken aan het beginsel ‘gelijkheid voor publieke lasten’. De Raad vraagt zich vervolgens af of de negatieve neveneffecten en de kosten van het stelsel uit oogpunt van doelmatigheid wel worden gerechtvaardigd door het doel dat met het verhaal van de proceskosten wordt beoogd:

“Wil men het verhaal behouden, de toepassing van het middel van lijfswang is onontbeerlijk. Daardoor echter wordt niet zelden, eerst na weken, maanden of jaren nadat de veroordeelde zijne straf heeft ondergaan, opnieuw de hand op hem gelegd, om gegijzeld te worden voor gerechtskosten, die dan eerst op hem worden of, naar men meent, dan eerst kunnen worden verhaald. Een veroordeelde, die volkomen gerehabiliteerd was, wordt soms op deze wijze, plotseling in zijn werkkring en in de zorg voor het bestaan van zijn gezin gestoord en belemmerd, om de wille van eene kleine som gelds.

Werd nu de Staat noemenswaard schadeloos gesteld door het bestaande stelsel van verhaal, dan ware daaruit wellicht een belangrijk argument te trekken. Maar ook dit is twijfelachtig; zelfs is het de vraag, of de Staat door het verhaal der gerechtskosten geene materiele schade ondervindt.

Dat verhaal veroorzaakt, dat er eene ontzettend omvangrijke, lastige en onaangename administratie moet worden gevoerd, waartoe de griffiers, de ontvangers, inspecteurs en directeurs der registratie, de departementen van algemeen bestuur, de gemeentebesturen enz. alle het hunne moeten bijdragen. Bijna voor elk hunner is het een verdrietig en dikwerf zelfs conscientieus, lastig werk. En wat is de uitkomst van dat alles? Dat de Staat niet meer dan 1/5 der kosten terug bekomt, ten bedrage (gemiddeld over eenige jaren gerekend) van jaarlijks ongeveer f50.000.

Maar dit is geene zuivere bate. Ter wille van het stelsel van verhaal moeten de griffiers der rechtscollages en kantongerechten in *alle* zaken staten van kosten opmaken, waarvoor de Staat hun (gerekend op 60.000 à 25 cent) ongeveer f15.000 betaald. Wegens de werkzaamheden der gerechtskosten wordt, naar eene gemaakte berekening aan de 115 kantoren van registratie, bijna f20.000 gevorderd voor klerkenloon. Van de ingevorderde kosten moet den ontvangers percentloon worden uitgekeerd. Voor drukwerk en materiaal, wegens het verhaal der bedoelde kosten door den Staat verstrekt zal vermoedelijk wel een paar duizend gulden noodig zijn. Werd het stelsel van verhaal prijsgegeven, de gijzeling zou ook vervallen, en daarmee den Staat bespaard worden, elke uitgave aan deurwaarders enz. en aan de gevangenissen te dier zake, terwijl bovendien enkele kantoren van registratie (althans in de groote steden) zouden kunnen worden opgeheven en stellig het aantal der inspecteurs van registratie voor vermindering vatbaar worden. Daarbij werd dan tevens een hoogst belangrijk tijdverlies bespaard aan alle gemeentebesturen, aan de directeurs der registratie, aan de Departementen van Algemeen Bestuur wegens de talrijke jaarlijks terugkerende correspondentie's over al dan niet gegoedheid, over executiën, over abuizen, over de verantwoording, over beslag van pensioen enz. van veroordeelden en dergelijke.

De Raad van State is daarom van oordeel, dat de Regeering, die volkomen in staat is, deze geheele zaak te overzien, in overweging dient te nemen, of voortdurend behoud van het bestaande wel geraden is.”

In het Rapport aan den Koning reageerde de Minister als volgt op deze overwegingen:

“Bij de artt. 221 z en aa wijdt de Raad van State hoogst belangrijke beschouwingen aan de vraag of de bestaande regeling van het verhaal der gerechtskosten behoort te worden bestendigd.

De Raad, niet willende treden in de meer theoretische vraag of het bestaande stelsel zich wel verdraagt met den aard der publieke actie, geeft de gronden op waarom hij veroordeelingen van den beklaagde in de kosten ten hoogste onbillijk acht. Zoowel om deze reden als omdat de Staat door het verhaal der gerechtskosten weinig materieel voordeel, wellicht zelfs materieele schade ondervindt, is de Raad van oordeel dat bij deze gelegenheid behoort te worden overwogen of voortdurend behoud van het bestaande wel geraden is. De ondergeteekende heeft met veel belangstelling van de denkbeelden van den Raad van State over deze zaak kennis genomen en erkent gaarne dat er veel in is wat haar aannemelijk schijnt te maken. Hij moet echter opmerken dat het voorstel om voor rekening van den Staat te nemen alle proceskosten in strafzaken, voor zoover hem bekend is, thans voor het eerst wordt ter sprake gebracht en tot heden in geen enkele wetgeving in toepassing is gebracht. Alvorens het voorstel dus over te nemen, zou men het nog eens ernstig, ook in overleg met het Departement van Financiën, moeten wikken en wegen. Het komt den ondergeteekende voor, dat het daarvoor thans niet de tijd is en dat, zoo als hij reeds meermalen zeide, bij deze gelegenheid alle *noodelooze* twistvragen behooren te worden vermeden. De zaak der kosten heeft met de invoering van het Strafwetboek noch met de veranderingen die naar aanleiding daarvan in de strafrechtpleging worden gebracht, iets te maken en behoort daarom daarbuiten gehouden te worden, ten einde niet het welslagen van het een door het ander worde verhinderd.”

Ook de afdelingen van de Tweede Kamer lieten zich in deze niet onbetuigd. In het Verslag van de Tweede Kamer is te lezen:

“Sommigen achtten het wenschelijk om de kosten te brengen ten laste van den Staat, en zulks om verschillende redenen:

1° omdat het bestaande stelsel zeer ongelijk werkt en de kosten zelden in verhouding staan tot het gepleegde feit, daar toch het bedrag der kosten dikwijls afhangt van den meerdere afstand van de woonplaats der getuigen of van andere omstandigheden, somtijds ook van het minder goed beleid van ambtenaren;

2° omdat de hooge kosten in de practijk vaak de betaling van eene lage boete tegenhouden, zoodat al te veel de subsidiaire gevangenisstraf wordt toegepast;

3° omdat de kostbare toepassing van het middel van lijfswang daarbij onontbeerlijk is;

4° omdat de veroordeelde daarbij na tal van jaren nog in zijn bestaan kan worden bemoeilijkt;

5° omdat de bate voor de schatkist luttel is. Immers (...) . Men vergelijke voorts hetgeen de Raad van State omtrent dit onderwerp in zijn advies heeft opgemerkt

Anderen evenwel, en ook de leden der Commissie, konden zich met dit denkbeeld niet vereenigen. Zij achtten het in beginsel zeer juist, dat de veroordeelde de kosten moet betalen. Bovendien is de bate voor de schatkist grooter, dan uit bovenstaande berekening zou volgen. De griffiers bijvoorbeeld vinden daarin een deel van hunne belooning, en zouden ongetwijfeld vergoeding vragen voor het gemis van die emolumenten. Wellicht zou dit ook met andere ambtenaren het geval zijn. Indien de kosten ten laste van den Staat werden

VERPLAATSING VAN SCHADE EN KOSTEN

gebracht, zou dit ook moeten geschieden in geval van hooger beroep, hetgeen wellicht een te ruim gebruik van het recht van appèl zoude te weeg brengen. Ook het dagvaarden van getuigen *à décharge* zou, naar men meende, toenemen. En in elk geval achtten deze leden het niet gewenscht, dat de Staat, die zich voor de strafrechtpleging groote opofferingen getroost, daarentegen alle baten zou prijs geven.”

De regering volstond met een korte reactie in haar Regeeringsantwoord:

“De Minister neemt de vrijheid voor zooveel dit punt betreft te verwijzen naar hetgeen daaromtrent voorkomt in zijn aan de Kamer medegedeeld rapport aan den Koning. Daargelaten dat dit een van die zaken betreft, welke thans moeilijk principieel kunnen worden behandeld, meent hij er ernstig de aandacht op te moeten vestigen, dat het in nauw verband staat met vele andere zaken. Zoo zouden onder andere, zooals te recht ook reeds in den boezem der Commissie is opgemerkt, bij afschaffing der veroordeeling van den beklaagde in de kosten, de traktementen van de griffiers belangrijk moeten worden verhoogd.”

De zaak werd daarmee als afgehandeld beschouwd. Het hele artikel werd zonder verdere beraadslaging en zonder hoofdelijke stemming goedgekeurd.

Interessant zijn nog de opmerkingen van A. de Pinto naar aanleiding van de beraadslagingen over dit vraagstuk: “Mij komt het voor, dat, ofschoon uit een rechtskundig oogpunt niets valt in te brengen tegen het RECHT VAN DEN STAAT om op den veroordeelde te verhalen de proceskosten, die deze door zijne onrechtmatige daad heeft veroorzaakt, de vraag of

HET STAATSBELANG medebrengt aan dat recht eene wettelijke sanctie te verleen en nog wel eens een nader onderzoek waard is. Immers, al acht men het met de commissie “in beginsel zeer juist, dat de veroordeelde de kosten moet betalen”, niemand kan, dunkt mij, wenschen, dat dit beginsel worde doorgedreven zelfs in strijd met het financieel belang van den staat, dat HIER, waar men niet te doen heeft met eene straf, den doorslag moet geven.”

Tot slot nog een enkele opmerking over de kosten van verzet tegen een bij verstek gewezen vonnis, waarbij de verdachte was veroordeeld tot een gevangenisstraf of hechtenis of plaatsing in een rijksopvoedingsgesticht.⁸⁹

Het uitgangspunt van het stelsel van veroordeling in de proceskosten was, dat in geval van vrijspraak of ontslag van rechtsvervolging de kosten van de vervolging ten laste van de Staat bleven, tenzij de wet een verhaal op een ander toeliet.⁹⁰

Dat laatste was het geval indien de verdachte, niettegenstaande een geldige dagvaarding, in gebreke was gebleven ter terechtzitting te verschijnen en vervolgens in verzet kwam tegen het bij verstek gewezen vonnis. Het laatste lid van art 266 Sv 1886 (art. 272 O.R.O.) luidde dienaangaande:

⁸⁹ Zie art. 266 Sv 1886 (O.R.O. art. 272). Zie De Pinto, a.w., (deel 2), p. 395.

⁹⁰ Zie De Pinto, a.w., (deel 2), p. 232.

Niettegenstaande zijne vrijspraak, blijven alle de kosten door het verstek veroorzaakt, ten laste van dengene die in verzet is gekomen, ten ware de dagvaarding mogt zijn nietigverklaard, of hij mogt bewijzen in de onmogelijkheid te zijn geweest van te kunnen verschijnen.

Over deze bepaling is niet of nauwelijks van gedachten gewisseld. Ook hier lijkt de verwijtbaarheid de vanzelfsprekende grond te zijn voor het in rekening brengen van de proceskosten, zij het dat het hier gaat om een ander type ‘verwijtbaarheid’ dan de verwijtbaarheid die ten grondslag lag aan de verwijzing van de veroordeelde in de proceskosten. Het betreft hier wat men zou kunnen noemen de ‘processuele schuld’.

De boven beschreven eerste tekenen van twijfel, wat betreft de vanzelfsprekendheid dat de proceskosten in rekening behoorden te worden gebracht aan de veroordeelde, en vooral het advies van de Raad van State in deze, werden door de regering te verstrekkend geacht om daarover – in het kader van de aanpassing van het Wetboek van Strafvordering aan het nieuwe Wetboek van Strafrecht – principieel van gedachten te wisselen. Maar ze luidden wel een discussie in die in 1894-1895 zou leiden tot een wetsvoorstel tot afschaffing van de veroordeling in de proceskosten.⁹¹ In de Memorie van Toelichting bij dat wetsvoorstel citeerde Minister Van der Kaay uitvoerig uit het hierboven aangehaalde advies van de Raad van State. Hij kon zich geheel vinden in de overwegingen die de Raad wijdde aan de mogelijke onrechtvaardigheid van het stelsel en de inconsistentie daarvan, en was daarnaast met de Raad van State van oordeel dat een kosten-batenanalyse de vraag rechtvaardigde of de opbrengsten van het stelsel wel opwogen tegen de kosten:

“(…)

Men mag zich inderdaad afvragen welke redelijke grond er bestaat om, terwijl alle kosten van rechtspraak en executie, enkele tonnen gouds bedragende, zonder enig verhaal ten laste van den Staat komen, ten aanzien van de gerechtskosten in engeren zin, die op zijn hoogst duizenden guldens loopen, eene uitzondering te maken?

(…)

In verhouding tot het gepleegde strafbare feit bezwaart de veroordeeling in de kosten, welker bedrag dikwerf van hoogst toevallige omstandigheden (...) afhankelijk is, den een meer dan den ander.

(…)

Wordt deze voordracht tot wet verheven, dan zal de Staat daardoor vermoedelijk enig verlies lijden (...). In elk geval staat dit betreffende gering financieel nadeel niet in verhouding tot den ontzachtlijken arbeid, die voor de invordering van gerechtskosten wordt vereischt. (...) dat het verhaal der gerechtskosten den Staat (...) vermoedelijk financieel zelfs nadeelig is.

(Maar afgezien daarvan (NK):) ...dan nog zou het stelsel, terwille van de zedelijke nadeelen daarvan (de daaruit voortvloeiende ongelijkheid en de in verhouding hoge gerechtskosten ten opzichte van de soms lage boetes (NK)) dienen te worden prijsgegeven.”

⁹¹ Zie bijlagen 2^e Kamer, 1894-1895, no. 192 (wetsvoorstel ‘Regeling betreffende de gerechtskosten in strafzaken’ en de Memorie van Toelichting daarbij) pagina 1 tot en met 5.

VERPLAATSING VAN SCHADE EN KOSTEN

In de afdelingen van de Tweede Kamer werd nog wel gewezen op enkele mogelijke negatieve bijeffecten van het voorstel (die vervolgens door de Minister werden weerlegd, dan wel afgezwakt)⁹², maar voor het overige kon men zich er in grote lijnen wel in vinden. Dat gold echter niet voor het voorstel van de regering om alles bij het oude te laten wat betreft de veroordeling van de verdachte die verstek had laten gaan, in de extra kosten die daaruit voortvloeiden.⁹³ Bij amendement werd aanvaard dat deze kosten eveneens voor rekening van de Staat behoorden te blijven, min of meer om dezelfde redenen als die welke ook ten grondslag hadden gelegen aan het voorstel om de veroordeling in de (overige) gerechtskosten af te schaffen.

Als gevolg van deze aangebrachte partiële wijziging van het wetboek, verviel dus - bij amendement - het boven geciteerde laatste lid van art. 266 (de verwijzing van degene die in verzet was gegaan, in de kosten door het verstek veroorzaakt). Echter, mede vanwege de 'verstekplaag' die dat tot gevolg had, werd in het voorontwerp Ort, dat een belangrijke rol speelde bij de concipiëring van het nieuwe Wetboek van Strafvordering van 1926, voorgesteld dat laatste lid opnieuw in te voeren. Zie verder par. 4.4.

De partiële wetswijziging die de afschaffing van de veroordeling in de proceskosten inluidde, werd ten slotte op 15 april 1896 afgekondigd in het Staatsblad (no. 70).

3.1.5 Stukken van overtuiging

Het schadevergoedingsstelsel dat deel uitmaakte van het ontwerp Wetboek van Strafvordering van Minister Olivier, dat in 1864 aan de Tweede Kamer werd aangeboden (zie par. 3.1.1), bevatte ook een regeling voor de vergoeding van schade ten gevolge van het afstaan of de inbeslagneming van stukken van overtuiging:

Art. 51 Titel IV:

Indien, na afloop van het voorlopig onderzoek, de zaak niet verder wordt vervolgd, worden, op bevel van den officier van justitie, de stukken van overtuiging door den griffier aan den daarop regthebbende teruggegeven.

De regtbank, in raadkamer vergaderd, kan op verzoekschrift van den belanghebbende, na den officier van justitie te hebben gehoord, ten laste van den Staat vergoeding toekennen voor de schade, ten gevolge van de overlegging of inbeslagneming van voorwerpen, als in art. 31 bedoeld, geleden.

Art. 52 Titel IV:

De beschikking, waarbij de vergoeding wordt toegekend, vermeldt het bedrag der vergoeding en wordt door den president van een bevelschrift van tenuitvoering voorzien.

⁹² Vgl. de kamerstukken (inmiddels vernummerd tot no 23), o.a. Bijlagen TK 1895-1896, no. 23, p. 1 tot en met 4 (voorlopig verslag) en p. 5 tot en met 7 (MvA).

⁹³ Zie MvT bij het wetsvoorstel, p. 4.

De Staat kan door middel eener verklaring, af te leggen ter griffie van den Hoogen Raad en aan den belanghebbende te beteekenen, tegen de beschikking, doch alleen op grond, dat het bedrag der vergoeding te hoog is gesteld, in verzet komen bij den Hoogen Raad. (...) ⁹⁴

Zoals in par. 3.1.1 bleek, is dit ontwerp nooit aangenomen in de Tweede Kamer.

Tijdens de behandeling van het ontwerp van het herziene Wetboek van Strafvordering van 1886, is men op deze vorm van schadeloosstelling niet teruggekomen.

De discussie concentreerde zich op de vraag aan wie de stukken van overtuiging na afloop van het geding dienden te worden teruggegeven, aan de rechthebbende of aan degene bij wie de stukken in beslag waren genomen of gevorderd. Over een eventuele vergoeding van schade ten gevolge van het afstaan of de inbeslagneming van stukken van overtuiging werd niet meer gesproken. ⁹⁵

3.1.6 De proceskosten van de beledigde partij

Art. 221s van het ontwerp van het herziene Wetboek van Strafvordering van 1886 luidde aanvankelijk:

De regtbank doet over de vordering der beledigde partij die zich in het geding heeft gevoegd, gelijktijdig met de strafzaak uitspraak. Bij toewijzing der vordering wordt de beklaagde tevens veroordeeld in de kosten, door de beledigde partij gemaakt.

Daaronder worden echter niet begrepen het loon en de verschotten van dengene, die door de beledigde partij als gemachtigde of als raadsman mogt zijn opgetreden, noch ook de kosten, die door haar, naar het oordeel der regtbank, noodeloos zijn gemaakt.

Bij gedeeltelijke toewijzing kan de regtbank de kosten voor een gedeelte doen blijven ten laste van de beledigde partij.

De Raad van State vroeg zich af, waarom hier van de gewone regel (van het civiele recht (NK)) werd afgeweken, op grond waarvan de kosten van de raadsman of vertegenwoordiger van de beledigde partij ten laste van de veroordeelde behoorden te komen. ⁹⁶

In de Memorie van Toelichting merkte de regering daarover op dat het nodig scheen “den regel van het burgerlijk proces hier over te nemen, dat alleen die kosten ten laste van de verliezende partij gebracht worden, welke de wederpartij *verplicht* was te maken”. En in het kader van het strafproces werd het niet noodzakelijk geacht de beledigde partij te verplichten zich te laten vertegenwoordigen door een advocaat.

De Commissie van Rapporteurs betoogde vervolgens dat, als de kosten van de vertegenwoordiging of bijstand dan toch voor rekening van de beledigde partij bleven, kon

⁹⁴ Zie W.J. Leyds, *De rechtsgrond der schadevergoeding voor preventieve hechtenis*, Amsterdam 1884, p. 22 (noot 1).

⁹⁵ Zie De Pinto, a.w., (deel 2), p. 244 e.v. en Smidt, a.w., p. 615 e.v.

⁹⁶ Smidt, a.w., p. 593.

VERPLAATSING VAN SCHADE EN KOSTEN

worden volstaan met een dienovereenkomstige aanpassing van art. 221n⁹⁷, en dat daarmee de laatste volzin van lid 1 en lid 2 en 3 van art. 221s in feite overbodig werden. Immers, andere kosten waren niet te verwachten. De Minister kon zich daarin vinden en schraptte deze passages. De Pinto merkt daarover op: “Daarbij echter vergat de commissie – zooals reeds opgemerkt – de kosten, die aan de overlegging van stukken kunnen verbonden zijn, maar zij vergat ook, en dit is van meer gewicht nog, de kosten van executie van het vonnis des strafrechters, inzoover het de toewijzing der vordering van de civiele partij inhoudt. Voor liquidatie bij het vonnis zijn DIE KOSTEN nooit vatbaar, ook niet wanneer het is geweest door den burgerlijken rechter; maar dit belet niet, dat de veroordeeling in de kosten, ook deze, voorzoover zij nader mochten blijken noodig te zijn, omvat.”⁹⁸

Wat daar ook van zij, in de definitieve versie werd geen regeling voor de vergoeding van de kosten van de beledigde partij meer opgenomen.

4. *Naar het Wetboek van Strafvordering van 1926*

Met het herziene Wetboek van Strafvordering van 1886⁹⁹ was de roep om een nieuw Wetboek van Strafvordering bepaald nog niet verstomd. Integendeel. Het herziene wetboek had slechts een aantal wijzigingen aangebracht in het Wetboek van Strafvordering van 1838 voorzover de inwerkingtreding van het nieuwe Wetboek van Strafrecht dat noodzakelijk had gemaakt.¹⁰⁰ Dat wil zeggen dat aan het Wetboek van Strafvordering in grote lijnen nog steeds de beginselen ten grondslag lagen die ook ten grondslag hadden gelegen aan de Code d’Instruction Criminelle. Beginselen die in steeds mindere mate leken te rijmen met de maatschappelijke ontwikkelingen die zich sinds het begin van de 19^e eeuw hadden voorgedaan, en met de denkbeelden die inmiddels in het buitenland waren ontwikkeld omtrent de vereisten die aan een goed strafproces moesten worden gesteld. Blok en Besier vertolkten de groeiende behoefte aan een nieuw Wetboek van Strafvordering als volgt: “Ook was bij de herziening geen rekening gehouden met de verandering in de maatschappelijke toestanden sedert de invoering van het Wetboek, ten gevolge waarvan al spoedig bleek, dat het Wetboek niet meer berekend was op een krachtdadige bestrijding van de criminaliteit in de moderne maatschappij. Geen wonder, dat zich in klemmende mate de behoefte deed gevoelen aan een nieuw Wetboek, waarin enerzijds aan den toestand van rechteloosheid, waarin de verdachte gedurende het vooronderzoek verkeerde, een einde zoude worden gemaakt en anderzijds aan de overheid de bevoegdheden zouden worden toegekend, waaraan zich gedurende de jarenlange

⁹⁷ Art. 221 n (opgenomen in het wetboek van 1886 als art. 203) werd in die zin aangepast en luidde: De beledigde partij kan zich *op hare kosten* (curs. NK) doen vertegenwoordigen door eenen gemagtigde en zich doen bijstaan door eenen raadsman. (...).

⁹⁸ De Pinto, a.w., (deel 2), p. 211.

⁹⁹ Sinds 1886 was overigens wel een aantal partiële wijzigingen doorgevoerd; vgl. de afschaffing van de veroordeling in de proceskosten.

¹⁰⁰ Zie par. 3.

toepassing van het Wetboek de behoefte had doen gevoelen, een Wetboek waarin ook rekening zoude worden gehouden met de belangen van derden, die door uitoefening van die bevoegdheden schade konden ondervinden.”¹⁰¹

Nadat er jarenlang van vele zijden op was aangedrongen, zette de regering in 1910 de eerste schreden op het traject naar een nieuw Wetboek van Strafvordering: de regering benoemde een ‘Staatscommissie ter voorbereiding van de herziening van het Wetboek van Strafvordering’, ook wel bekend als de Commissie Ort (genoemd naar haar voorzitter Mr. B. Ort, advocaat-generaal bij de Hoge Raad). Op 17 mei 1913 bood deze commissie een voorstel tot volledige herziening van het wetboek aan aan de Koningin. Nadat het, mede op advies van de Raad van State, op een aantal onderdelen was gewijzigd, werd dit voorstel op 7 april 1914 als wetsontwerp aangeboden aan de Tweede Kamer. De behandeling van het wetsvoorstel, de uitwisseling van de stukken en de beraadslagingen in beide kamers, vergden ruim zes jaar. Op 15 januari 1921 werd het herhaaldelijk gewijzigde en vervolgens door beide kamers aangenomen wetsontwerp door de Koningin bekrachtigd.

De voorzitter van de Commissie ter voorbereiding van de herziening van het Wetboek van Strafvordering, Mr. B. Ort, speelde in meer dan één opzicht een belangrijke rol bij de totstandkoming van het ontwerp. Voorafgaand aan de benoeming van de commissie had hij reeds, in zijn toenmalige functie van raadsadviseur van het departement van Justitie, de hand gehad in een voorontwerp¹⁰², dat het uitgangspunt vormde voor de besprekingen van de commissie.

Voorts had hij tijdens de voorbereidende werkzaamheden de leiding over het ‘bureau’ dat de besprekingen en de voorstellen van de commissie voorbereidde en uitwerkte. En ten slotte heeft hij opnieuw zijn stempel op het ontwerp kunnen drukken toen hij (inmiddels als Minister van Justitie), mede aan de hand van het advies van de Raad van State, enige wijzigingen in het ontwerp aanbracht voordat hij het op 7 april 1914 als O.R.O. bij de Tweede Kamer aanhangig maakte.¹⁰³

Daaruit blijkt al dat het ontwerp een lang traject heeft doorlopen en dat er verschillende stadia van het wetsontwerp kunnen worden onderscheiden, die als bronnen kunnen dienen voor een inventarisatie en een analyse van de rationes pro en contra van de schadeverplaatsingsconstructies in het Wetboek van Strafvordering:

a. Het voorontwerp Ort, met toelichting.

¹⁰¹ Zie A.J. Blok en L.Ch. Besier, *Het Nederlandse Strafproces*, Haarlem 1925, dl. 1, p. 8.

¹⁰² Dat voorontwerp was op zijn beurt geënt op het ontwerp Godefroi (zie par. 3), in het bijzonder wat betreft de ‘uitwendige vorm’. Zie Notulen Commissie Ort, 1^e vergadering, p. 13.

¹⁰³ Dat desondanks zijn rol slechts van betrekkelijke betekenis is geweest voor het uiteindelijke karakter van het Wetboek van Strafvordering, is af te leiden uit G. Knigge, ‘Bastiaan Ort, de Modderman van het Wetboek van Strafvordering?’, in *Een vreemde man, en die ons vreemd ontviel; liber amicorum voor E.W.A. Henssen (1959-1999)* Amsterdam 2000, p. 200-214.

VERPLAATSING VAN SCHADE EN KOSTEN

- b. De notulen van de besprekingen van de commissie Ort. (Er is geen materiaal beschikbaar over de werkzaamheden van het bureau.)
- c. Het ontwerp van de commissie Ort, met toelichting.
- d. Het advies van de Raad van State.
- e. Het ontwerp, zoals dat door (inmiddels Minister) Ort werd aangeboden aan de Tweede Kamer: het Oorspronkelijk Regeringsontwerp (O.R.O.), met toelichting.
- f. De handelingen en bijlagen van de tweede en Eerste Kamer, zoals de verslagen van en de briefwisseling met de Commissie van Voorbereiding, het Gewijzigd Ontwerp, de Nota's van Wijzigingen, de Nader Gewijzigde Ontwerpen, de verslagen van de Commissies van Rapporteurs en de antwoorden daarop, het Voorlopig Verslag en het Eindverslag van de Eerste Kamer, enzovoort.

Daarbij moet echter wel worden aangetekend dat juridisch Nederland in de daaraan voorafgaande periode zodanig in beslag werd genomen door het vraagstuk 'schadevergoeding na preventieve hechtenis'¹⁰⁴ dat er (ook voor de ontwerpers van het wetboek) nauwelijks nog ruimte leek te zijn voor een gedachtewisseling over andere schadeverplaatsingskwesaties in het kader van het strafproces. Getuige (onder andere) de inleiding bij het verslag van de bijeenkomst waarin de commissie Ort werd geïnstalleerd, is het vraagstuk 'schadevergoeding na preventieve hechtenis' zelfs één van de redenen geweest waarom de Tweede Kamer herhaaldelijk androng op een snelle herziening van het Wetboek van Strafvordering en de Minister in 1910 besloot daar haast mee te maken:

'In het Voorlopig Verslag van de Tweede Kamer der Staten Generaal betreffende de Justitiebegroting voor het dienstjaar 1910 kwam op blz. 9 het volgende voor:

'Wijziging van het Wetboek van Strafvordering.

Sommige leden drongen er nogmaals op aan, dat het ter hand nemen van het Wetboek van Strafvordering niet langer zou worden uitgesteld. Te vorigen jare heeft de Minister, het belang dezer zaak erkennende, verklaard het onderwerp in studie te zullen nemen, zoodra hem daartoe de tijd zal zijn gegund en alsdan ook zijn aandacht te zullen schenken aan deze twee punten: herziening van de bepalingen omtrent de preventieve hechtenis en de mogelijkheid van schadevergoeding aan ontslagen preventief gedetineerden. Gevraagd werd, of thans uitzicht kan worden gegeven, dat eerlang bedoelde herzieningsarbeid zal worden ondernomen. (...).'

In de Memorie van Antwoord luidde het gedeelte, dat op den aangehaalden passus terugsliep, als volgt:

'Wijziging van het Wetboek van Strafvordering

De ondergeteekende heeft de ook door hem erkende wenschelijkheid van herziening van het Wetboek van Strafvordering niet uit het oog verloren. Na ernstige overweging is hij tot de overtuiging gekomen, dat de voorbereiding van die herziening aan eene Staatscommissie behoort te worden toevertrouwd (...). Door eene Staatscommissie als boven bedoeld zal ongetwijfeld ook aan de regeling van de preventieve hechtenis, aan de vraag of- en in hoever schadevergoeding aan ontslagen preventief gedetineerden behoort te worden toegekend, (...) alle aandacht worden gewijd, welke deze onderwerpen verdienen, terwijl de ondergeteekende

¹⁰⁴ Zie par. 3.1.1.

geen bezwaar zou hebben het voor eenige jaren aan het Departement van Justitie samengesteld verdienstelijk wetsontwerp tot herziening van bedoeld Wetboek¹⁰⁵ desverlangd te harer beschikking te stellen.”

Gezien de groeiende behoefte om het vraagstuk ‘schadevergoeding na preventieve hechtenis’ afdoende te regelen in een nieuw Wetboek van Strafvordering, is het niet zo verwonderlijk dat aan dit onderwerp gedurende de verschillende stadia van het ontwerp uitvoerig aandacht is besteed. Terwijl andere schadevergoedingskwesties bij wijze van spreken als hamerstukken werden afgehandeld, heeft het vraagstuk ‘schadevergoeding na preventieve hechtenis’ geleid tot een uitvoerige gedachtewisseling over zaken als: ‘welk stelsel van schadecompensatie geniet de voorkeur’, ‘waar liggen de grenzen van de plicht van de overheid om de schade ten gevolge van preventieve hechtenis te vergoeden aan verdachten die vervolgens niet waren veroordeeld’, ‘wat is de rechtsgrond voor schadevergoeding’, ‘wat zijn de negatieve bij-effecten van schadevergoeding na preventieve hechtenis’.

Hieronder zal ruim aandacht worden besteed aan deze gedachtewisseling.

De opzet van deze paragraaf is voor het overige vergelijkbaar met die van de vorige paragrafen. Achtereenvolgens zullen de te onderscheiden schadeverplaatsingskwesties die in het kader van het wetsontwerp onderwerp van bespreking zijn geweest, aan de orde komen. Opnieuw zal worden gepoogd een zo volledig mogelijke inventarisatie te maken van de relevante overwegingen van de wetgever die een rol hebben gespeeld bij de besluitvorming terzake.

4.1 Schadevergoeding aan preventief gehechten en aan onschuldig veroordeelden

In deze paragraaf zal de besluitvorming van de (ontwerp)wetgever betreffende de vraagstukken ‘schadevergoeding aan preventief gehechten’ en ‘schadevergoeding aan onschuldig veroordeelden’ worden behandeld. Alhoewel aan de kwestie ‘schadevergoeding aan onschuldig veroordeelden’ een aparte subparagraaf zal worden gewijd, nodigt de nauwe verwantschap met het vraagstuk ‘schadevergoeding na preventieve hechtenis’ er toe uit, deze beide kwesties in onderlinge samenhang te behandelen. De wetgever deed tot op zekere hoogte hetzelfde.

4.1.1 Inleiding

Het moge inmiddels duidelijk zijn dat dit onderwerp aan het eind van de 19^e eeuw, aan het begin van de 20^e eeuw nogal wat stof heeft doen opwaaien. Met name voor schadevergoeding aan verdachten die preventief gedetineerd waren geweest, maar vervolgens niet waren veroordeeld, bestond eigenlijk geen duidelijke rechtsgrond, terwijl

¹⁰⁵ Het bovengenoemde ‘voorontwerp Ort’ (NK).

VERPLAATSING VAN SCHADE EN KOSTEN

inmiddels algemeen werd aanvaard dat een bepaalde vorm van schadevergoeding aan deze gedupeerden zeker op zijn plaats was. Voorstanders zochten dan ook met verve naar rechtvaardigingsgronden voor deze noviteit. Er zijn zelfs pogingen gedaan om constructies te bedenken teneinde de gewenste schadecompensatie-regeling alsnog onder een bestaande rechtsgrond te (kunnen) schuiven. Maar dat mocht niet baten. De wetgever ontkwam er niet aan zelf de grondslag te ontwikkelen en zelf de grenzen te trekken voor dit nieuwe instituut en in verband daarmee, mede omdat men zich niet kon beroepen op een bestaande rechtsgrond, zijn besluitvorming terzake te baseren op eigen afwegingen, rekening houdend met eigentijdse maatschappelijke opvattingen, algemeen aanvaarde rechtsbeginselen, theorieën en ideologische waarden, kortom het algemene rechtsbewustzijn. Het uiteindelijke resultaat van dit wetgevingsproces kan dan ook worden beschouwd als een kristallisatiepunt waarin rechtsgeleerde beschouwingen van een eeuw over dit onderwerp en herhaalde pogingen van de wetgever om terzake een bevredigende regeling te ontwikkelen (maar ook de persoonlijke opvattingen van de opstellers van het wetboek) samenkwamen.

Hoewel vooral de discussies in de literatuur in deze een belangrijke impuls hebben gegeven tot, en van grote betekenis zijn geweest voor de besluitvorming van de wetgever, is het in dit bestek niet mogelijk er uitvoerig bij stil te staan.¹⁰⁶ Evenmin zal aandacht worden besteed aan de vele tussentijdse kamervragen betreffende dit vraagstuk (dat wil zeggen tussen 1886-1910) die blijk gaven van een groeiend ongeduld in beide kamers en die de wens vertolkten om de onderhavige kwestie ten spoedigste te regelen.¹⁰⁷ Wel zal kort worden stilgestaan bij de belangrijkste accentverschuivingen die zich in de literatuur en in de debatten in de Eerste en Tweede Kamer aftekenden. Aanvankelijk werd, door sommige voor- en tegenstanders van schadecompensatie, aangehaakt bij het 'traditionele' aansprakelijkheidsrecht en met name het 'verwijtbaarheidsbeginsel'. Voorstanders ontleenden daaraan de rechtsgrond voor schadecompensatie door preventieve hechtenis als (een variant van) een onrechtmatige daad te beschouwen indien de verdachte achteraf onschuldig bleek te zijn.¹⁰⁸ Tegenstanders ontmaskerden deze zienswijze als onhoudbaar door er op te wijzen dat de vraag of de preventieve hechtenis al dan niet rechtmatig was

¹⁰⁶ Zie voor overzichten van relevante literatuur uit die tijd E. Andries, *Schadeloosstelling aan onschuldig veroordeelden*, Amsterdam 1892, p. 42 e.v.; Caudri, a.w., p. 98 e.v.; Leyds, a.w., p. 35 e.v.

¹⁰⁷ Zie voor een overzicht Caudri, a.w., p. 66 e.v. en Borsboom, a.w., p. 12.

¹⁰⁸ Zo Domela Nieuwenhuis in zijn vroegere geschriften (vgl. Leyds, a.w., p. 46). Domela Nieuwenhuis heeft zijn theorie later enigszins bijgesteld in die zin dat hij niet langer expliciet uitging van de onrechtmatigheid van de preventieve hechtenis voorzover zij werd toegepast op onschuldigen, maar in de achteraf gebleken 'dwaling' de grondslag zocht voor schadevergoeding. Daarmee verschoof hij het accent enigszins van de 'vergeldende rechtvaardigheid' naar de 'verschuivende rechtvaardigheid' (vgl. het toerekeningsbeginsel). Zie *Handelingen der Nederlandsche Juristen-Vereeniging* (HNJV) 1886, 17^e jaargang, Den Haag 1886, p. 208-209 en handelingen p. 213.

geweest niet a posteriori (ex nunc) maar a priori (ex tunc) diende te worden beoordeeld.¹⁰⁹ Dat wil zeggen dat indien aan de vereiste voorwaarden was voldaan, zoals een redelijk vermoeden van schuld, er geen sprake kon zijn van een onrechtmatige overheidsdaad en dat de overheid in dat geval dus niet was gehouden tot schadevergoeding.¹¹⁰ Voor een aantal andere schrijvers was dat laatste echter niet meer zo vanzelfsprekend. Zij trachtten zich te onttrekken aan de enigszins krampachtige neiging om (het afwijzen van) schadevergoeding te willen funderen op het traditionele, civielrechtelijke aansprakelijkheidsrecht.¹¹¹ De ‘oneigenlijke’ discussies die dat meebracht, vertroebelden in hun ogen de vraag ten principale of en in hoeverre schadevergoeding behoorde te worden toegekend aan onschuldigen die (preventief) geacht waren geweest. Men begon naar andere mogelijke (rechts)gronden om te zien. Sommigen zochten het in de

¹⁰⁹ Vgl. Leyds, a.w., p. 47 e.v. en p. 53; NJV 1886, HNJV, p. 157 e.v.; Scholten, a.w., p. 122.

¹¹⁰ Vgl. E. Bergsma, ‘Naar aanleiding van “Het herziene Wetboek van Strafvordering” van Mr. A.A. de Pinto’, in *Tijdschrift voor het strafrecht* 1889, p. 385; T.J. Noyon, ‘Strafvervolgving en schadeloosstelling’, in *Rechtsgeleerd Magazijn* 1886, p. 419 e.v.

¹¹¹ Zie o.a. D.J. Mom Visch ‘De rechtsgrond der schadevergoeding voor preventieve hechtenis’, in *Themis* 1885, p. 489: “Maar men kan (...) uit eene later gevolgde vrijspraak niet afleiden dat de Staat *onrechtmatig* heeft gehandeld door preventieve hechtenis op te leggen; men kan niet op grond van *dat* beweerd *onrecht* vergoeding vorderen. Zoo er een *rechtsgrond* der schadevergoeding aanwezig is, dan moet deze op iets anders berusten. Maar evenmin mag men uit het recht van den Staat om preventieve hechtenis toe te passen, het gevolg trekken dat de Staat derhalve ook niet tot schadevergoeding is gehouden. (...) Sommige tegenstanders van den rechtsplicht tot schadevergoeding begrijpen het anders. In verband met het recht tot preventieve hechtenis beroepen zij zich op de rechtsregelen: “qui jure suo utitur, neminem laedit”; “casum sentit dominus” en “zonder schuld geen verplichting tot schadevergoeding”. Deze regelen nu moeten (...) uit het debat verwijderd worden. Zij zijn er ten onrechte in gemengd.” (Vgl. ook Leyds, a.w., p. 56 e.v.)

Zie ook Scholten, a.w., p. 122: “Gevolg van de onmogelijkheid om de daad van een autoriteit, die de preventieve hechtenis van een verdachte beval, onrechtmatig te noemen, was dat men als noodzakelijke consequentie ook het recht op schadevergoeding ontkende (zoo o.a. ook Modderman op de vergadering der Juristenvereniging van 1871). Dat ik met deze opinie, die weer op het dogma steunt: geen schadevergoeding zonder schuld, niet kan meegaan, behoeft ik na al het voorgaande niet te betoogen.” In ‘het voorgaande’ had Scholten aangetoond dat ook de wet tal van voorbeelden kent van aansprakelijkheid zonder schuld, zowel in het civiele recht als daarbuiten (bijvoorbeeld de risico-aansprakelijkheid voor dieren (p. 36), voor werknemers (p. 47), de aansprakelijkheid voor de schade na een ‘rechtmatige’ beslaglegging in de gevallen waarin de rechter achteraf besliste dat eiser niet was gerechtigd tot de hoofdvordering waarbij het beslag als middel was gebezigd (p. 62), schadevergoeding na onteigening of vernietiging van goederen, gebaseerd op art. 151, 152 Gw (het huidige art. 14 Gw), enzovoort). Scholten concludeert: “Ik zie dan ook volstrekt niet in, dat er geen rechtsbeginsel aan al deze bepalingen ten grondslag ligt, wel dat dit niet, of althans niet uitsluitend, het beginsel van de aansprakelijkheid uit schuld is.” (p. 67) Zie voorts p. 151: “Noodig voor een goede ontwikkeling in deze richting zal het evenwel zijn, dat het verbintenissenrecht zich losmaakt van het tegenwoordige systeem, dat in navolging nog van de Instituten (III, 13) alleen obligationes ex contractu en ex delicto erkent, en wat daar niet onder behoort, daar toch door de gewrongen constructie van quasi-contract en quasi-delict onder brengt.”

VERPLAATSING VAN SCHADE EN KOSTEN

solidariteitsgedachte en zagen in de hardheid van het toegevoegde leed op zichzelf al voldoende reden om schadevergoeding toe te kennen, ongeacht of daaraan een bestaande rechtsgrond ten grondslag kon worden gelegd of niet.¹¹²

Anderen beijverden zich om rechtsbeginselen bloot te leggen die niet zozeer ten grondslag lagen aan de traditionele civielrechtelijke aansprakelijkheidsverhoudingen maar die, blijkens bepaalde rechtsfiguren (o.a. schadevergoeding na onteigening), de verhouding tussen overheid en burgers leken te beheersen, teneinde daarop het recht op schadecompensatie te kunnen funderen. Zoals het rechtsbeginsel ‘dat alle offers en lasten, noodzakelijk voor het algemeen belang, worden gedragen gelijkwaardig door allen’.¹¹³

Op welke gronden men zich ook beriep, voor het overgrote deel van de rechtsgeleerden stond wel vast dat er een wettelijke schadevergoedingsregeling diende te worden getroffen voor gewezen verdachten die preventief gehecht waren geweest en vervolgens niet waren veroordeeld. Echter, over het antwoord op de vraag waar de grenzen van het recht op schadevergoeding behoorden te liggen, was men veel minder eensgezind. De mogelijke ‘correctiefactoren’ die het recht op schadevergoeding moesten afbakenen, gaven aanleiding tot (soms felle) discussies. De maatstaven voor de begrenzing van het recht op schadevergoeding werden enerzijds ontleend aan doelmatigheidsoverwegingen,

¹¹² Vgl. Coninck Liefsting in HNJV 1886, p. 351-352 en 354. Ter illustratie verwijst hij naar de solidariteit (in geval van bijvoorbeeld grote rampen) die i.h.a. leidt tot particuliere hulp: de allocatie van schade tussen burgers onderling (hetgeen in par. 1 ‘verschuivende rechtvaardigheid’ werd genoemd). Voorzover die niet toereikend is, is er in die gevallen plaats voor ‘verdelende rechtvaardigheid’, dus collectivering van de schade, zij het gecorrigeerd door de eigen draagplicht van de gedupeerde (het normale levensrisico) en de beperkte financiële armslag van de overheid. Dezelfde drang (‘De geheele gemeenschap zou lijden, indien zij bij zulk een noodlottige ramp het deel zonder eenige steun in zijn ongeluk liet’) ligt in zijn visie besloten in de erkenning van het recht op schadevergoeding na preventieve hechtenis.

¹¹³ Vgl. Leyds, die dat rechtsbeginsel onder meer ontleende aan een anonymus uit de Gerichtssaal (XXXIV, 1883, p. 567): “Das moderne Staatsrecht verlangt, dass die Staatsgehörigen nur generell zu den Staatslasten beigezogen werden, dass dagegen Einzelleistungen nur gegen Entschädigung verlangt werden können.” (Leyds, a.w., p. 62 noot 1.) Hij stelde dat dit rechtsbeginsel meer en meer een vaste plaats innam in ons staatsrecht. In zijn ogen is het veroorzaken van schade een bijkomend effect, dat niet wordt gerechtvaardigd door het doel van een (op zichzelf rechtmatige) overheidsmaatregel, i.c. de preventieve hechtenis. Het niet vergoeden van die schade is dan ook onrecht. Daaraan ontleent hij de ‘rechtsgrond’ voor schadevergoeding: het nadeel dat de preventief gehechte lijdt, dient hem te worden vergoed omdat er geenerlei grond bestaat om hem nadeel te doen lijden. Zie ook Mom Visch: “Juist in de omstandigheid dat de prijs van *enkelen* voor *allen* gevorderd wordt, ligt de rechtsgrond voor de schadevergoeding.” (Mom Visch, a.w., p. 492 en Themis 1882, p. 268.)

Leyds en Mom Visch kunnen worden beschouwd als gezaghebbende representanten van deze ‘richting’, naar wie naderhand veelvuldig werd verwezen. Vgl. Caudri, a.w., p. 17; HNJV 1886, p. 169; D. Simons, ‘Het vraagstuk der schadevergoeding voor preventieve hechtenis (diss. W.D. Caudri)’, in *Themis* 1899, p. 335; HNJV 1886, p. 159; H. van Binnerts, ‘Schadeloosstelling van beklaagden’, in *Themis* 1907, p. 137; Scholten, a.w., p. 120 en 123.

maar anderzijds ook aan meer principiële overwegingen. Zoals de opvatting dat het schuld- of verwijtbaarheidsbeginsel, dat toentertijd hecht verankerd leek te zijn in het aansprakelijkheidsrecht, een belangrijke rol behoorde te spelen bij het antwoord op de vraag of en in hoeverre schadevergoeding moest worden toegekend.

Wat betreft de doelmatigheidsoverwegingen kan worden gewezen op bijvoorbeeld de opvattingen van Gewin en Noyon die schadevergoeding afwezen, onder meer op de grond dat (kort gezegd) schadevergoeding de aanvaardbaarheid van het instituut preventieve hechtenis zou vergroten waardoor minder de noodzaak werd gevoeld er zeer terughoudens mee om te springen. Herstel van nadeel is in hun ogen slechts een halve maatregel, waar voorkomen van nadeel mogelijk is.¹¹⁴ Onder anderen Binnerts was overtuigd van het tegendeel: het recht op schadevergoeding zou juist leiden tot een terughoudender toepassen van de preventieve hechtenis. Dat zou zelfs kunnen leiden tot een zekere verlamming van de vervolgende overheid. Daarnaast zou het recht op schadevergoeding de onbevangenheid van de rechter negatief kunnen beïnvloeden in die zin dat de rechter wellicht sneller geneigd zou zijn te veroordelen, waar vrijspraak geboden zou zijn, teneinde de Staat niet te belasten.¹¹⁵ Andere voorbeelden van doelmatigheidsoverwegingen die wel werden opgevoerd (en werden bestreden) zijn: schadevergoeding zou een extra prikkel vormen voor verdachten om de rechtsgang te frustreren; eerlozen zouden samenspannen om van de aanspraak op schadeloosstelling misbruik te maken. Een eveneens aan ‘het algemeen belang’ ontleende overweging, die veelvuldig werd ingebracht in de discussies, vaak in combinatie met andere doelmatigheidsoverwegingen dan wel in combinatie met meer principiële overwegingen, betrof de financiële belangen van de Staat. Men placht in dat verband nogal eens te spreken van de ‘dubbeltjeskwestie’ en bezwoer daarbij de overheid er voor te waken de met zorg vergaarde dubbeltjes (de belastinginkomsten), waaraan het zweet van het Nederlandse volk kleefde, niet onbezonnen om zich heen te smijten en toe te wijzen aan boeven en bedriegers die weliswaar waren vrijgesproken, maar wiens onschuld allerminst vaststond. Dat zou het rechtsgevoel van het volk en het geloof in en de eerbied voor de rechtspraak stellig nadelig beïnvloeden.¹¹⁶ Anderen tilden daaraan veel minder zwaar.¹¹⁷

¹¹⁴ Zie B. Gewin, ‘Preventieve hechtenis’, in *Themis* 1905, p. 342-343 en Noyon, a.w., p. 427.

¹¹⁵ Zie Van Binnerts, a.w., p. 138. Zie o.a. ook Rethaan Macaré in HNJV 1886, p. 186.

¹¹⁶ Vgl. Coninck Liefsting in HNJV 1886, p. 214-215 en 227 en Mayer, HNJV 1886, p. 225; Voorts Caudri, a.w., p. 24 e.v.

¹¹⁷ Vgl. onder anderen Z.W. Straatman, *Iets over preventieve hechtenis*, Amsterdam 1877, p. 155-156 en Pols in HNJV 1886, p. 177, die van oordeel waren dat er aan het ‘algemeen belang’ wel wat al te gemakkelijk en nogal willekeurig argumenten werden ontleend om de deksel van de schatkist op een kier te houden zodra het om schadevergoeding aan preventief gehechten ging. Straatman schrijft: “De voorbeelden zijn talrijk, waarin men niet spaarzaam is met geld, indien het algemeen belang het vordert. Ten einde den veestapel te bewaren, en zodoende eene der bronnen onzer welvaart te behouden, worden duizenden uitgegeven voor het onteigenen en afmaken van besmette runderen” (sic!). En Pols: “Staatsbelang is geen abstract belang, maar het belang van den man, die preventieve hechtenis ondergaat, van U,

VERPLAATSING VAN SCHADE EN KOSTEN

De 'dubbeltjeskwestie' hing – zo blijkt – nauw samen met het schuld- of verwijtbaarheidsbeginsel als 'correctiefactor' voor een eventueel algemeen recht op schadeloosstelling na preventieve hechtenis. Wat dat betreft kan worden onderscheiden tussen schrijvers die het onderscheid 'schuld' versus 'niet schuldig' irrelevant of onwerkbaar vonden voor het al dan niet toekennen van een recht op schadevergoeding¹¹⁸ en schrijvers die meenden dat een recht op schadevergoeding juist dwong tot een onderscheid tussen schuldigen en niet-schuldigen, ook al waren ze als verdachte vrijgesproken of ontslagen van rechtsvervolging.¹¹⁹ Een probleem was wel dat dit laatste op gespannen voet stond met de eerdere vrijspraak of ontslag van rechtsvervolging.

Dat was ook de reden waarom onder anderen Leyds, Simons, Mom Visch en Binnerts de correctiefactor 'eigen schuld' op systematische gronden afwezen.¹²⁰ Ze betoogden dat weigering van schadevergoeding niet mocht steunen op motieven die een tweede oordeel zouden behelzen over schuld of onschuld aan het misdrijf waarvan was vrijgesproken.¹²¹ Voorts wees men op het gevaar dat het beperken van het recht op schadevergoeding tot evident onschuldigen gemakkelijk kon leiden tot onaanvaardbare consequenties, zoals de vorming van (tegenover het publiek) twee klassen vrijgesprokenen.¹²²

van mij, van alle Staatsburgers. Wanneer dus een offer wordt gevraagd, dan mag het dubbeltjesargument niet wegen: want het leed, dat is opgelegd, is ondergaan ter willen en in het belang van de contribuanten en van niemand anders.”

¹¹⁸ Vgl. Simons, die stelde dat het algemeen belang op bepaalde gronden vorderde dat iemand preventief werd gehecht en dat de daaruit voortvloeiende schade dan ook voor rekening diende te komen van het algemeen belang. De voorlopige hechtenis diende in zijn ogen te worden beschouwd als een 'plus' bovenop de eigenlijke straf die nooit voor rekening van de verdachte behoorde te komen. (Zie HNJV 1886, p. 169 en Simons, a.w., p. 335.

¹¹⁹ Vgl. Van Hamel die aan de hand van een aantal voorbeelden stelde dat de overheid evenzeer in het algemeen belang handelt als ze ingrijpt indien iemand zich niet aan de regels houdt (vgl. bestuursdwang), terwijl niemand in dat geval zal durven beweren dat de daaruit voortvloeiende schade aan het algemeen belang in rekening behoort te worden gebracht. Zie HNJV 1886, p. 159 en p. 162. Zie voorts het 'relatieve stelsel' van Coninck Liefsting dat geheel was opgetrokken op het uitgangspunt dat, voorzover de veroordeelde of preventief gehechte door eigen toedoen schuldig was aan de 'dwaling' die tot veroordeling of preventieve hechtenis had geleid, schadevergoeding moest worden geweigerd. Zie HNJV 1886, p. 353. Zie ook het stelsel van Caudri (een combinatie van het stelsel van Coninck Liefsting en het stelsel van Minister Smidt, die het per afzonderlijk geval aan de Minister wilde overlaten te beoordelen of, gezien de omstandigheden, de geleden schade behoorde te worden vergoed) dat eveneens berustte op het uitgangspunt: 'vrijspraak desnoods ook aan schuldigen, maar vergoeding alleen aan onschuldigen'. Caudri, a.w., p. 33-34.

¹²⁰ Vgl. met name Leyds, a.w., p. 76-77, 82, 84. Leyds legt daarbij het accent op het belang van consistentie in het recht. Om die reden wijst hij het onderscheid tussen schuldigen en niet schuldigen als maatstaf voor het recht op schadevergoeding na preventieve hechtenis van de hand. Niet zozeer omdat hij het schuldbeginsel als correctiefactor als zodanig principieel afwijst.

¹²¹ Vgl. Leyds, a.w., p. 85 en Mom Visch, a.w., p. 501-502.

¹²² Vgl. Van Binnerts, a.w., p. 148; HNJV 1886, p. 171-172; En Simons, a.w., p. 335-336 in een reactie op Caudri.

Iets anders was dat het 'verwijtbaarheidsbeginsel' niet alleen betrekking had op schuld terzake van het strafbare feit waarvoor de verdachte werd vervolgd, maar ook op diens laakbare houding die de aanleiding kon zijn geweest voor de preventieve hechtenis, dat wil zeggen de 'processuele schuld'. Ook de schrijvers die wat betreft het recht op schadevergoeding na preventieve hechtenis niets wilden weten van het onderscheid tussen schuldigen en niet-schuldigen, konden zich in het algemeen wel vinden in de opvatting dat degenen die de preventieve hechtenis over zich hadden afgeroepen door een misleidende processuele houding, dienden te worden uitgesloten van schadevergoeding.¹²³

Uit dit summiere overzicht moge blijken dat de variabele factor 'schuld', maar ook andere factoren, zoals systematische, financiële en (andere) pragmatische overwegingen, in de discussies een belangrijke rol hebben gespeeld bij de beoordeling van de vraag hoe het op den duur vrij algemeen aanvaarde beginsel 'gelijkheid voor publieke lasten' in concreto moest worden ingevuld en afgegrensd. Het zijn met name deze factoren geweest die de wetgever de nodige hoofdbrekens hebben gekost bij het ontwikkelen van een breed gedragen schadevergoedingsstelsel en die voorts de wetgever ervan hebben weerhouden zich expliciet uit te spreken over de (rechts)grond voor schadevergoeding aan preventief gedetineerden. In de volgende paragraaf zal worden nagegaan welke overwegingen – die in dit intermezzo aan de orde zijn geweest – voor de (ontwerp)wetgever van doorslaggevende betekenis zijn geweest en uiteindelijk hebben geleid tot het stelsel van art. 89 e.v. Sv.

4.1.2 Naar art. 89 e.v. van het Wetboek van Strafvordering 1926

In het voorontwerp van Ort was het volgende schadecompensatiestelsel in verband met preventieve hechtenis opgenomen:

Art. 303:

De rechtbank in raadkamer zal aan den beklaagde die ter zake van het feit waarvoor hij in verzekerde bewaring was of is geweest, door haar buiten vervolging is gesteld, zoo daartoe geen rechtsmiddel meer openstaat, op diens verzoek en na hem, zoo hij zulks noodig oordeelt, verhoord te hebben, ten laste van den Staat vergoeding toekennen voor de tengevolge van de verzekerde bewaring werkelijk geleden schade.

Zij zal bij de waardering der schade letten op den stand en de maatschappelijke betrekking van den buiten vervolging gestelde, alsmede op de omstandigheden waaronder de verzekerde bewaring is toegepast en de buitenvervolginstelling is bevolen (...).

Art 304 verklaarde het vorige artikel van toepassing in geval van buitenvervolginstelling in hoger beroep of beroep in cassatie; art. 305 regelde enkele procedurele aspecten; en art. 306 bood het departement van Justitie de mogelijkheid om bij de Hoge Raad in verzet te komen tegen de hoogte van het toe te kennen bedrag.

Deze regeling had betrekking op buitenvervolginstelling nadat instructie was verleend en de verdachte in dat verband preventief gehecht was geweest. Art. 418 (en art.

¹²³ Zie Mom Visch, a.w., p 501; Van Binnerts, a.w., p. 142; en HNJV 1886, p. 364-365.

VERPLAATSING VAN SCHADE EN KOSTEN

448 en 484 voor hoger beroep resp. beroep in cassatie) verklaarden art. 303 e.v. tevens van toepassing als het onderzoek ter terechtzitting had geresulteerd in vrijspraak, ontslag van rechtsvervolgung of niet-ontvankelijkheid van het OM.

Zoals te verwachten, was dit stelsel voorzien van een uitgebreide toelichting.¹²⁴

Het betoog kwam er in de kern op neer dat er aan het geldende recht weliswaar geen rechtsgrond voor schadevergoeding na preventieve hechtenis was te ontleen, maar dat dit de wetgever niet ontsloeg van de plicht een passende regeling te treffen indien in deze op andere gronden tot een ‘rechtsplicht’ moest worden geconcludeerd:

‘ Wanneer het beroep op het ontbreken van eenen rechtsgrond dus al moge zijn geworteld in het bestaande recht, is het bezwaar meer *formeel* en verliest het zijn gewicht, zoodra de wetgever, door erkenning van den op den zedelijke grondslagen steunenden maatregel van billijkheid, dezen tot een rechtsplicht verheft. (...) Blijkt ten slotte dat geen termen voor eene veroordeeling bestaan, dan moge de aanhouding a priori gerechtvaardigd zijn, a posteriori staat vast dat een offer is gevorderd voor een doel dat de Staat niet heeft kunnen bereiken. Deze billijkheidsgrond, men moge dan van gevoelen verschillen over de vraag of deze een recht schept, doet in ieder geval eene op zedelijke grondslagen berustende verplichting voor den Staat ontstaan, eene verplichting tegenover iederen niet-veroordeelde van wien het offer zijner vrijheid ten behoeve der algemeene rechtszekerheid is gevorderd.’

Onder meer vanwege de bezwaren die volgens de toelichting kleefden aan een eventueel relatief stelsel van schadevergoeding (‘Er zoude dus ontstaan eene klasse van eervol en van eerloos vrijgesprokenen en van vervolging ontheven beklaagden.’) werd gekozen voor een absoluut stelsel van schadevergoeding: elke niet veroordeelde preventief gehechte kwam in beginsel in aanmerking voor schadevergoeding, zij het dat aan de rechter werd overgelaten een billijke schadevergoeding vast te stellen, rekening houdend met alle relevante omstandigheden van het geval, zonder dat deze nader hoefde te motiveren welke factoren de doorslag hadden gegeven. Omdat in deze billijke schadevergoeding, naast de factor ‘schuld’, allerlei andere factoren konden worden verdisconteerd, bestond er geen gevaar voor stigmatisering in die zin dat een lage schadevergoeding niet automatisch betekende dat de verdachte ondanks vrijspraak schuldig werd geacht.

Het vraagstuk werd vervolgens besproken, en kwam daarnaast nog een enkele keer zijdelings aan de orde, in diverse vergaderingen van de Commissie Ort.¹²⁵ Het uitvoerigst in de 28^e en 29^e vergadering. Zoals uit de Toelichting bleek, opteerde het voorontwerp voor het ‘absolute stelsel’, waarbij de hoogte van de schadevergoeding kon variëren afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Een aantal leden van de Commissie Ort kon zich echter niet verenigen met deze in het voorontwerp veronderstelde verplichting van de Staat om iedere niet-veroordeelde ‘van wien het offer zijner vrijheid ten behoeve

¹²⁴ p. 175-180 van de Memorie van Toelichting bij het voorontwerp Ort.

¹²⁵ Zie 13^e vergadering p.13; 26/27^e vergadering p. 9; 28^e vergadering p. 1 e.v.; 29^e vergadering p. 1 e.v.; 33^e vergadering p. 5; 55^e vergadering p. 8 e.v.

der algmeene rechtszekerheid is gevorderd' financieel tegemoet te komen. Ze wezen met andere woorden het voorgestelde 'absolute stelsel' van de hand. Er ontspon zich dan ook een uitvoerige en levendige discussie over deze kwestie, waarvan de kern kan worden weergegeven door de volgende citaten:

"(...) Spreker meent dat niet alleen geen rechtsplicht, maar zelfs geen zedelijke plicht voor den Staat om na buitenvervolginstelling schadevergoeding wegens ondergane prev. h. te geven, kan worden geconstrueerd (...)"

"(...) De heer LEDEBOER erkent (in een reactie op Simons (NK)), dat bij het instituut der onteigening het denkbeeld, dat de Staat de nadeelen door hem toegebracht, voorzover deze niet door het algemeen belang worden gevorderd, heeft te vergoeden, is aanvaard. Of dat denkbeeld echter voor algemeene erkenning vatbaar is, meent spreker te mogen betwijfelen. Althans vindt het practisch geen algemeene erkenning. Elk oogenblik wordt b.v. door gemeentelijk optreden - men denke aan steden - aan particulieren schade toegebracht, die niet wordt vergoed, hoewel zij niet door het algemeen belang wordt gevorderd. (...)"

"(...) De heer DRESSELHUYS is het ten deze nog niet met zichzelf eens geworden. Hij heeft aanvankelijk wel eenige bedenking tegen het stelsel door den heer Simons ontwikkeld, dat consequent doorgevoerd b.v. ook tot vergoeding der schade, toegebracht bij papier-onderzoek, afzetting van woningen, huiszoeking, plaatsing ter observatie in een krankzinnigengesticht enz. enz. zou moeten leiden (...)"

"(...) Spreker (Van Hamel (NK)) ziet den grond voor de toekenning van vergoeding hierin, dat het risico der prev. h. is een van die risico's, die voor een deel gedragen moeten worden door de maatschappij. Spreker trekt de analogie met bedrijfs-ongevallen, waarbij het bedrijf het slachtoffer voor een deel tegemoet komt. Hij geeft den heer DRESSELHUYS toe, dat de consequentie van dezen gedachtengang er toe zou kunnen leiden ook bij huiszoekingen enz. schadevergoeding te verleen; intusschen is de prev. h. een bijzonder groot nadeel. Een groot deel der risico's kan men het individu laten dragen, in enkele zeer zware kome men hem tegemoet. (...)"

"(...) De heer SIMONS merkt tegenover den heer Dresselhuys nog op, dat men met het trekken van consequentiën niet te ver moet gaan. De prev. h. is wel de meest ingrijpende maatregel in de persoonlijke vrijheid, vaak ook de meest schadelijke. Overigens erkent de spreker, dat tegemoetkoming in eventuele grote schade, door huiszoeking geleden, op grond der door hem ontwikkelde beginselen zou kunnen worden verdedigd."(...).

De uitkomst van deze discussie was, dat een (zij het kleine) meerderheid vooralsnog niets wilde weten van een algemene (rechts)plicht voor de overheid, waarop de toelichting bij het voorontwerp had gezinspeeld. Niet alleen de hoogte van de toe te kennen schadevergoeding, maar ook het toekennen van schadevergoeding als zodanig diende afhankelijk te worden gesteld van alle omstandigheden van het geval. In plaats van te kiezen voor een algemene rechtsplicht, nam men zijn toevlucht tot de 'billijkheid' als maatstaf voor een eventuele schadevergoeding. Daarmee werd het mogelijk rekening te houden met per geval wisselende combinaties van relevante, al dan niet 'uitgekristalliseerde' factoren, zoals het verwijtbaarheidsbeginsel (levensgedrag; strafrechtelijke en strafprocessuele schuld), andere beginselen van rechtvaardigheid (draagkracht; maatschappelijke positie; coulance) en overwegingen ontleend aan het algemeen belang ('s lands financiën en in dat verband het bewaken van het morele prestige

VERPLAATSING VAN SCHADE EN KOSTEN

van de Staat; het bevorderen van het vertrouwen in het recht en de rechtspraak; het voorkomen van samenspanning of een laakbare proceshouding om schadevergoeding te kunnen incasseren; en het bewaken van de consistentie in het recht; vgl. de spanningsverhouding tussen vrijspraak en het vervolgens ontzeggen van schadevergoeding indien de onschuld niet vaststaat).

Het Bureau werkte de opmerkingen en voorstellen van de commissie uit in een stelsel dat bestond uit de volgende artikelen¹²⁶:

Boek I, Titel IV, TWEEDE AFDEELING, par. 5 “Schadevergoeding voor ondergane voorloopige hechtenis.”

Art. 89

Indien de zaak eindigt met eene beslissing waarbij straf of maatregel niet wordt toegepast of wel wordt toegepast, doch op grond van een feit niet genoemd in artikel 64, tweede lid, kan het college hetwelk die beslissing heeft gegeven, of de rechtbank binnen welker ressort de kantonrechter zoodanige beslissing gaf, den verdachte op diens verzoek, ten laste van den Staat, eene geldelijke tegemoetkoming in de door hem tengevolge van ondergane voorloopige hechtenis werkelijk geleden schade toekennen.

De raadkamer is zooveel mogelijk samengesteld uit de leden die bij het eerste lid bedoelde beslissing hebben gegeven.

Het verzoek zal door den verdachte slechts kunnen worden ingediend binnen drie maanden na het onherroepelijk worden der beslissing. Hij zal op verzoek worden gehoord, althans opgeroepen.

Met de beslissing, in het eerste lid genoemd, wordt gelijkgesteld de beteekening aan den verdachte vanwege den officier van justitie dat hij de zaak niet verder zal vervolgen, indien deze daardoor eindigt.

Art. 90

De toekenning eener tegemoetkoming heeft steeds plaats, indien en voorzover daartoe gronden van billijkheid aanwezig zijn. Het levensgedrag van den verdachte en zijne houding vóór en tijdens de voorloopige hechtenis worden bij de beslissing in aanmerking genomen.

Bij de bepaling van het bedrag wordt mede rekening gehouden met de levensomstandigheden van den verdachte.

Een afwijzende beschikking wordt niet met redenen omkleed.

Art. 91

Tegen de door de rechtbank genomen beslissing tot toekenning eener tegemoetkoming staat den officier van justitie binnen veertien dagen hooger beroep open bij het gerechtshof, doch alleen op grond dat het bedrag te hoog is gesteld.

Het gerechtshof beslist na den verdachte te hebben gehoord, althans opgeroepen.

¹²⁶ Zie Ontwerp tot vaststelling van een Wetboek van Strafvordering, der Koningin aangeboden door de Staatscommissie voor de herziening van het Wetboek van Strafvordering, ingesteld bij Koninklijk besluit van 8 april 1910, no. 17, Deel I: Ontworpen Wetboek, p. 25 e.v.

Art. 92

Indien de verdachte na het indienen van zijn verzoek overleden is, geschiedt de toekenning ten behoeve zijner erfgenamen, ook al had zijn verhoor of de oproeping daartoe niet plaats gevonden.

Art. 93

Voor het bedrag der tegemoetkoming wordt door den president van het betrokken college een bevelschrift van tenuitvoerlegging afgegeven.

Omtrent die tenuitvoerlegging worden bij algemeenen maatregel van bestuur de noodige voorschriften gegeven.

Het voorstel werd voor advies aangeboden aan de Raad van State, die er ter zake van het onderhavige onderwerp de volgende opmerkingen bij plaatste¹²⁷:

Artikelen 89-93. Schadevergoeding voor ondergane voorloopige hechtenis.

De invoering van dit nieuwe reeds te lang achterwege gelaten instituut heeft de volle instemming van den Raad van State. Deze zal evenmin hier als elders de Memorie van Toelichting in hare in dit opzicht gevoerde belangrijke wetenschappelijke beschouwingen volgen, doch hij wenscht enkel te verklaren dat ook naar zijne meening het ontwerp een stelsel heeft aanvaard, dat tot eene voorzichtige en niet al te uitgebreide proefneming op dit gebied zal kunnen leiden.

Een 'proefneming' die in ieder geval duurde tot 1975, en in feite nog steeds voortduurt.

Wat betreft de afzonderlijke artikelen deed de Raad van State nog enkele kleine wijzigingsvoorstellen. Deze werden vervolgens verwerkt in het ontwerp zoals dat door (inmiddels Minister) Ort aan de Tweede Kamer werd aangeboden.

De toelichting bij het voorgestelde stelsel, opgesteld door de Commissie Ort aan de hand van de discussies die binnen de commissie waren gevoerd, bleef nagenoeg ongewijzigd.

Deze passage uit Memorie van Toelichting kan worden beschouwd als de onderbouwing van het voorlopige eindproduct van een wetgevingsproces, waartoe reeds een eeuw geleden een eerste aanzet was gegeven. Een eeuwlang rechtsgeleerde beschouwingen over dit onderwerp en diverse pogingen van de wetgever om te voorzien in een bevredigende oplossing voor deze kwestie, hadden uiteindelijk geresulteerd in de lang verbeide regeling, zij het dat vooralsnog werd gesproken van een 'proefneming'. Gezien het belang van deze passage van de Memorie van Toelichting, die een zekere (voorzichtige) omslag markeert in het denken over de grondslagen voor schadeverplaatsing in het kader van het strafproces, verdient deze passage (evenals de

¹²⁷ Zie Advies van de Raad van State d.d. 23 December 1913, no. 32 (met de daarbij behorende afwijkende adviezen van enkele Staatsraden) p. 13.

VERPLAATSING VAN SCHADE EN KOSTEN

hierboven summier besproken literatuur) een uitvoeriger behandeling dan in dit bestek mogelijk is.¹²⁸ Hier moeten we het laten bij de bespreking van enkele kernoverwegingen.

Allereerst werd benadrukt dat de regering geen algemene rechtsplicht tot schadevergoeding na preventieve hechtenis aanvaardde:

“Een algemene rechtsplicht tot wegneming van de niet-beoogde gevolgen van op zichzelf rechtmatige toepassing van voorloopige hechtenis schijnt derhalve niet te construeeren, althans niet langs den aangeduiden weg, noch ook in consequentiën te aanvaarden.”

De regering onderbouwde dat met een redenering die er kort gezegd op neerkwam, dat deze rechtsplicht, die door sommige schrijvers was geconstrueerd aan de hand van rechtsbeginselen die ook ten grondslag lagen aan andere rechtsfiguren (zoals schadeloosstelling na onteigening),¹²⁹ blijkbaar niet gold op een aantal andere terreinen (zoals planschade, inbeslagneming en eventuele vernietiging van voorwerpen, huiszoeking en dergelijke). Van een 'algemene' rechtsplicht was dus kennelijk geen sprake.

Vervolgens werd gesteld, dat een absolute staatsplicht tot schadevergoeding ook niet was te baseren op 'billijkheidsgronden': de aanvaarding van het absolute stelsel op billijkheidsgronden “zou leiden tot consequentiën, die tegen het rechtsgevoel der natie zouden indruischen”. Ook de voorgestelde (varianten van) 'relatieve' stelsels, waarin enumeratief in de wet werd vastgelegd welke gevallen wel of niet voor schadevergoeding in aanmerking kwamen, konden in de ogen van de regering geen genade vinden:

“De enumeratie (...) zou nooit volledig kunnen zijn en derhalve steeds tot eene ten deze zeer bedenkelijke rechtsongelijkheid leiden (...). Doch de weg der enumeratie is zoo onveilig, het gevaar dat daarbij billijke aanspraken aan formalisme zullen worden opgeofferd, zóó groot, dat bij dit Ontwerp die weg niet is ingeslagen, doch bij wege van *algemeen beginsel* is voorgeschreven dat de toekenning eener tegemoetkoming steeds plaats heeft, ‘*indien en voorzover daartoe gronden van billijkheid aanwezig zijn*’ (...) Aanvaard is derhalve de billijkheidsgrondslag van het stelsel CONINCK LIEFSTING, doch in de plaats van enumeratie treed hier het arbitrium des rechters.”

Ook werd nog enige aandacht besteed aan de vraag aan wie de beslissing over de toekenning van de schadevergoeding diende te worden opgedragen, aan de rechter of het landsbestuur:

“Overwogen is, of het nemen dier beslissing niet beter ware toe te vertrouwen aan den Minister van Justitie, voorgelicht - men denke hier aan het instituut der gratie - door den rechter. Van de Regeering mag veilig worden aangenomen, dat zij bij de bepaling van het

¹²⁸ Zie Ontwerp tot vaststelling van een Wetboek van Strafvordering, der Koningin aangeboden door de Staatscommissie voor de herziening van het Wetboek van Strafvordering, ingesteld bij Koninklijk besluit van 6 april 1910, no 17, deel II Toelichting. Zie voorts Kamerstukken II, zitting 1913-1914, 286, ‘Vaststelling van een Wetboek van Strafvordering’, Memorie van Toelichting, no. 3, p. 72 e.v.

¹²⁹ Vgl. hierboven Leyds en Mom Visch.

bedrag der schadevergoeding de belangen van den Staat niet uit het oog zou verliezen. Tevens zouden wellicht de kansen op eene enkel uit billijkheidsoverwegingen geboren beslissing grooter worden en overwegingen, aan de vermoedelijke schuld of onschuld van den gewezen verdachte ontleend, betrekkelijk minder wegen.

Niettemin is aan eene beslissing door het hierboven aangewezen rechterlijk college, hetwelk ten nauwkeurigste van de zaak op de hoogte is en dientengevolge met alle ter zake dienende omstandigheden kan rekening houden, de voorkeur gegeven. Aldus zal tevens worden bereikt, dat politieke overwegingen op de hier bedoelde beslissing geen invloed kunnen verkrijgen.”

Met het voorgestelde stelsel leek de ontwerpwetgever een voorlopige (gezien de stemverhoudingen binnen de Commissie Ort, toch wel kwetsbare) middenweg te hebben gevonden die kennelijk recht deed aan de toentertijd belangrijkste rationes pro en contra ter zake van een schadevergoedingsregeling in verband met preventieve hechtenis. Want het voorstel is praktisch ongewijzigd door beide kamers geloodst, behoudens een enkele kleine wijziging: na de eerste bespreking van het ontwerp in de afdelingen van de Tweede Kamer gaf de Commissie van Voorbereiding in haar verslag in meerderheid de wens te kennen het recht van appèl (art. 91) te verruimen. De Commissie van Voorbereiding drong er op aan, de gewezen verdachte en de officier van justitie, in aanvulling op het recht van appèl tegen de hoogte van het toegekende bedrag, tevens het recht van appèl toe te kennen van de daaraan voorafgaande beslissing om een vergoeding te weigeren, respectievelijk toe te kennen. De Minister gaf gevolg aan die wens. In verband daarmee kon het motiveringsverbod van artikel 90 lid 3 niet in stand blijven. Immers, de gewezen verdachte en de officier van justitie moesten in staat zijn de gronden voor de weigering of de toekenning te weerleggen. Het stigmatiseringsgevaar, dat de Minister met het motiveringsverbod had beoogd af te wenden, moest dus op een andere manier worden omzeild. Bepaald werd “dat de beslissingen in zake de schadevergoeding met redenen omkleed zijn, doch dat bij de beteekening van eene afwijzende beschikking de redenen worden weggelaten, van welke redenen dan de gewezen verdachte ter griffie inzage kan bekomen.”¹³⁰

Voor het overige is het voorstel, op een enkele redactionele wijziging na, door beide kamers aangenomen.

Hoewel de wetgever het stelsel heeft gepresenteerd als een voorzichtige proef, is er tot op heden in de kern nauwelijks iets aan veranderd.¹³¹

¹³⁰ Zie Verslag van de Commissie van Voorbereiding, bijlagen zitting 1917-1918, no. 77 stuk 1, p. 71

Deze regel is overigens in 1994 gewijzigd. Het verzoek om schadevergoeding wordt inmiddels in het openbaar behandeld (art. 89 lid 3 Sv) en de beschikking wordt eveneens in het openbaar uitgesproken (art. 24 lid 1 Sv). Er bestond dus geen reden meer om de motivering weg te laten. Zie Kamerstukken II, 1991/92, 22584, no. 3, p. 18.

¹³¹ Enkele wijzigingen die in 1975 en in 1996 zijn doorgevoerd, zijn: de uitbreiding van het stelsel tot de inverzekeringsstelling, de uitbreiding van de schadevergoeding tot schade die niet uit vermogensschade bestaat (behalve indien eventuele erfgenamen van de gewezen

VERPLAATSING VAN SCHADE EN KOSTEN

4.1.3 Schadevergoeding aan onschuldig veroordeelden

In het voorontwerp van Ort waren, in de de titel betreffende de herziening van vonnissen en arresten, enkele artikelen opgenomen waarin het recht op een schadevergoeding werd toegekend aan achteraf onschuldig gebleken veroordeelden:

Art 608

Indien bij de einduitspraak de vroeger veroordeelde wordt vrijgesproken, ontslagen van rechtsvervolging op grond dat hij niet strafbaar is, het openbaar ministerie niet-ontvankelijk of eene minder zware strafbepaling toepasselijk wordt verklaard, zal het college of de kantonrechter, zoodra de uitspraak in kracht van gewijsde is gegaan, aan den belanghebbende op diens verzoek, en na diens overlijden aan den overlevenden echtgenoot en aan de bloedverwanten in de rechte lijn, op daartoe gedaan verzoek, na het openbaar ministerie te hebben gehoord en met inachtneming van artikel 303, op de wijze daarin bepaald, bij beschikking vergoeding toekennen voor de door hem tengevolge van de veroordeeling en de verzekerde bewaring werkelijk geleden schade.

De artikelen 305 en 306 zijn van toepassing, met dien verstande (...).

(Art. 609 regelde vervolgens het recht van bepaalde erfgenamen, om herziening aan te vragen en, als daaruit bleek dat de veroordeelde ten onrechte was veroordeeld tot een gevangenisstraf, een verzoek tot vergoeding van de in art. 608 bedoelde schade in te dienen.)

In de toelichting bij deze artikelen werd verwezen naar de toelichting bij de artikelen 303-306 (zie boven). Voorts werd er op gewezen dat het recht op schadevergoeding, na overlijden van de vroeger veroordeelde, wel werd toegekend aan de overlevende echtgenoot en de bloedverwanten in de rechte lijn, maar dat dit recht niet werd uitgebreid tot de verdere betrekkingen van de overledene, aangezien zulks niet door de billijkheid werd gevorderd. Ook hier blijkt dus de ‘billijkheid’ weer de panacee te zijn, waarbij men slechts kan gissen naar de gronden en maatstaven die daarin zijn verdisconteerd.

In de 54^e en 55^e vergadering van de Commissie Ort werd, in aanvulling op de uitvoerige gedachtewisseling omtrent het vraagstuk ‘schadevergoeding na preventieve hechtenis’, nog een enkel woord gewijd aan deze artikelen:

54^e vergadering (p. 8):

“De heer SIMONS verdedigt de wenschelijkheid om ten deze, voor zoover althans betreft de schadevergoeding voor ondergane straf, eene ruimere regeling te scheppen dan met betrekking tot de schadevergoeding voor ondergane voorloopige hechtenis is geschied. Indien ten slotte de veroordeelde in revisie vrij uitgaat, dan bestaat er toch eene zeer redelijke kans, dat een strafbaar feit door hem niet is gepleegd. Daarom zou spreker de regeling der schadevergoeding voor ondergane straf meer imperatief gesteld wenschen te zien.

verdachte een verzoek tot schadevergoeding indienen) en de mogelijkheid tot verrekening van de vergoeding met eventuele openstaande boetes of verrekening van de preventieve hechtenis met de tenuitvoerlegging van een uit andere hoofde opgelegde vrijheidsstraf.

KWAKMAN

De heer DRESSELHUYS ondersteunt zulks, mits ook hier enkel van eene *tegemoetkoming* worde gesproken, niet een aanspraak op volledige schadevergoeding worde gevestigd, hetgeen voor den staat te groote lasten zou kunnen medebrengen.

De heer SCHIMMELPENNINCK is eveneens van meening dat de schadevergoeding voor ondergane straf meer vatbaar is voor imperatieve regeling dan die voor ondergane voorloopige hechtenis.

Het Bureau zal de vraag eener meer imperatieve regeling ten deze nog eens overwegen. Voor schadevergoeding ter zake van de vooral ook in het belang der gevonnenen zelf toegepaste dwangopvoeding of dwangverpleging schijnt minder aanleiding te bestaan.”

55^e vergadering (p. 9):

“In den aanhef van artikel 104¹³² wordt thans gesproken van “indien en voor zoover”, zulks in tegenstelling met de bepaling van 541, eerste lid, tweeden zin. Na vernietiging van het vonnis – den rechtsgrond der ondergane straf – in revisie behoort immers STEEDS schadevergoeding te worden gegeven en kan de billijkheid alleen ten aanzien van het bedrag daarvan van invloed zijn.”

Hieruit kan opnieuw worden afgeleid, dat de ‘schuld’ van de gewezen verdachte, en voorts het gevaar voor te hoge staatskosten, een belangrijke rol speelden bij het antwoord op de vraag in hoeverre de schade behoorde te worden verplaatst.

Het betreffende, door het Bureau naar de geest van de voorstellen gewijzigde, artikel werd als artikel 456 opgenomen in het ontwerp van de Commissie Ort en vervolgens (ongewijzigd) in het O.R.O.:

Artikel 456

Indien na de vernietiging van het gewijsde straf of maatregel niet wordt toegepast, wordt aan den veroordeelde op zijn verzoek ter zake van de ondergane straf eene geldelijke tegemoetkoming toegekend. De toekenning heeft plaats voor zoover daartoe gronden van billijkheid aanwezig zijn en overigens op den voet van de artikelen 89-93.

Ten aanzien van de ondergane voorloopige hechtenis vinden de artikelen overeenkomstige toepassing.

In de algemene beschouwingen bij de titel over de herziening van arresten en vonnissen, werd in de Memorie van Toelichting bij het O.R.O. (p. 213) de volgende beschouwing aan deze kwestie gewijd:

“Daarentegen werd het alleszins noodzakelijk geacht de bepalingen in dit Ontwerp opgenomen ten aanzien van de *tegemoetkoming in geval van vrijspraak enz. te geven voor ondergane voorloopige hechtenis* (artt. 89 volg.), ook bij herziening toepasselijk te verklaren, in dien zin, dat ook dengene die een straf heeft ondergaan krachtens een gewijsde, dat bij herziening wordt vernietigd, eene geldelijke tegemoetkoming voor de diensgevolge werkelijk geleden schade wordt toegekend. Dezelfde beweegredenen, die in het eerste geval voor het toekennen van een tegemoetkoming pleiten, zijn zeer zeker ook in geval van

¹³² Art. 303 van het voorontwerp, betreffende het recht op schadevergoeding na preventieve hechtenis, was door het Bureau gewijzigd en vernummerd tot art. 104, het latere art. 90 Sv.

VERPLAATSING VAN SCHADE EN KOSTEN

vernietiging tengevolge van revisie aanwezig. En waar in het laatste geval, meer nog dan in het eerste, grond bestaat om aan te nemen, dat de veroordeelde het strafbare feit inderdaad niet heeft gepleegd, schijnt het billijk het voorschrift in dat laatste geval *meer imperatief* te stellen.

Echter werd ook hier vastgehouden aan het beginsel, dat den ten onrechte veroordeelde slechts een *tegemoetkoming* mag worden gegeven, niet eene aanspraak op *volledige schadeloosstelling*, die voor den Staat te groote lasten zou kunnen medebrengen.”

In de toelichting bij art. 456 werd daaraan nog toegevoegd:

“(…) In overeenstemming daarmee is hier niet, gelijk in art. 89 bepaald, dat die tegemoetkoming den verdachte op diens verzoek kan worden toegekend, indien en voor zoover daartoe gronden van billijkheid aanwezig zijn, doch is aangenomen, dat de billijkheid per sé schadevergoeding vordert, en is alleen de hoegrootheid van het bedrag (*voor zoover*) aan het oordeel des rechters overgelaten.

Ook voor ondergane voorloopige hechtenis kan, indien bij de einduitspraak na de herziening geen straf wordt opgelegd of maatregel toegepast, op den voet als in de artt. 89-93 is bepaald, eene geldelijke tegemoetkoming worden toegekend.

Voor schadevergoeding ter zake van de vooral in het belang der gevonnenen zelfven toegepaste dwangopvoeding of dwangverpleging werd geen grond aanwezig geacht.”

De Commissie van Voorbereiding zag geen reden nader in te gaan op dit artikel respectievelijk de toelichting daarop. Ook tijdens latere fasen van de behandeling van het ontwerp in de Tweede en Eerste Kamer, is niet nader van gedachten gewisseld over dit onderwerp. Het onderhavige artikel is ten slotte zonder beraadslaging en zonder hoofdelijke stemming aangenomen en kwam als art. 481 in het Wetboek van Strafvordering terecht.

4.2 Niet verschenen of weigerachtige getuigen

In het voorontwerp Ort is, wat betreft de dwangmiddelen en sancties tegen niet verschenen of weigerachtige getuigen, aansluiting gezocht bij het wetboek van 1886.¹³³ Het betreft – afgezien van de strafbaarstelling van het wederrechtelijk wegblijven, in art. 192 jo 444 Wetboek van Strafrecht – de mogelijkheid tot gijzeling van onwillige getuigen en de veroordeling van de opgeroepen maar niet (op het OTT) verschenen getuige in de diensgevolge nodeloos gemaakte proceskosten. Ter zake van de veroordeling in de nodeloos gemaakte kosten luiden art. 337 en 338 van het voorontwerp Ort (later vernummerd tot art 280 O.R.O., respectievelijk art. 282 Sv):

Art. 337

In de gevallen, bij het voorgaand artikel bedoeld wordt de getuige, tenzij blijke van geldige verhindering, op vordering van den officier van justitie, bij het vonnis waarbij het onderzoek wordt geschorst, veroordeeld tot betaling der diensgevolge nodeloos gemaakte

¹³³ Zie par. 2.4.2.

KWAKMAN

gerechtskosten, ook bij lijfswang waarvan de langste duur door de rechtbank wordt bepaald, op hem te verhalen.

(...).

Art. 338

De getuige kan van de kosten geheel of gedeeltelijk worden ontheven, indien hij op de nadere terechtzitting voor zijn achterblijven gegronde redenen of verschoonende omstandigheden ter beoordeeling der rechtbank aanvoert.

(...).

In de toelichting werd slechts verwezen naar de artikelen 158 en 159 van het wetboek van 1886. Wel werd nog een enkele overweging gewijd aan het opnemen van het woordje ‘ook’ (bij lijfswang te verhalen) in het eerste lid van art. 337. Daarmee werd duidelijker te kennen gegeven dat de kosten ook anderszins dan door middel van gijzeling konden worden verhaald op het vermogen van de getuige.

De desbetreffende artikelen werden behandeld in de 37^e vergadering van de Commissie Ort. Naar aanleiding van een enkele opmerking van de heer Dresselhuys is de mogelijkheid tot veroordeling van de niet verschenen getuige in de daardoor nodeloos gemaakte proceskosten, als het ware met een enkele pennenstreek uit de wet geschrapt:

“De heer DRESSELHUYS acht het verband, in artikel 337 tusschen de schorsing en de veroordeeling in de gerechtskosten gelegd, wat vreemd. Is de grond van zoodanige veroordeeling onrechtmatige daad? Doch een onrechtmatige daad bestaat evengoed bij het wegblijven, waarop geen schorsing volgt. Ook dan zijn - wellicht hooge - kosten van dagvaarding gemaakt. Spreker zou de artikelen 337 en 338 maar willen weglaten. In tal van analoge gevallen bestaat de mogelijkheid van een dergelijke veroordeeling in de nodeloos gemaakte kosten niet.

Die artikelen worden voorloopig geschrapt; het Bureau zal de noodzakelijkheid daarvan nog eens overwegen.”

Het verwijtbaarheidsbeginsel moest hier kennelijk terrein prijsgeven aan het streven naar consistentie van het recht. Dat hield mede verband met de afschaffing van de veroordeling in de proceskosten (zie verderop) in het kader waarvan het begrip ‘gerechtskosten’ geheel van het toneel verdween.

In de Memorie van Toelichting bij het ontwerp dat aan de Tweede Kamer werd aangeboden, lichtte de regering dat als volgt toe:

“In de derde plaats is ook de geheele regeling van de artt. 158 en 159 omtrent de mogelijke veroordeeling van niet verschenen getuigen in de nodeloos gemaakte gerechtskosten niet overgenomen, daar eenerzijds die regeling weinig practisch belang heeft en anderzijds in verschillende analoge gevallen eene soortgelijke regeling ook niet wordt aangetroffen; trouwens van eigenlijke "gerechtskosten" is in het Ontwerp geen sprake meer.”¹³⁴

¹³⁴ Zie ook par. 4.4.

VERPLAATSING VAN SCHADE EN KOSTEN

De Raad van State en vervolgens de (Commissie van Voorbereiding van de) Tweede Kamer zagen geen reden om er op terug te komen of er nog nadere overwegingen aan te wijden.

4.3 De kosten van getuigen en van de raadsman en andere kosten van de verdediging

Vanwege de onderlinge verwantschap van de te onderscheiden typen verdedigingskosten, die er onder meer toe heeft geleid dat de opstellers van het wetboek uiteindelijk opteerden voor (in beginsel) één regeling voor deze gezamenlijke kosten, zullen de verschillende typen verdedigingskosten hieronder in één paragraaf worden behandeld. Daarmee wordt afgeweken van de werkwijze die hierboven is gehanteerd bij de behandeling van eerdere (ontwerpen van) wetboeken. Echter, teneinde nog enigszins aan te sluiten bij de lijn die daarbij is gevolgd, zullen de afzonderlijke typen verdedigingskosten tevens kort worden behandeld in afzonderlijke subparagrafen.

4.3.1 Kosten van getuigen

Wat betreft de kosten van getuigen en deskundigen moet worden onderscheiden tussen kosten van getuigen/deskundigen die als ‘gerechtskosten’ (proceskosten) kunnen worden beschouwd en kosten van getuigen/deskundigen die daar niet toe kunnen worden gerekend (zie par. 3.1.4).

De kosten van de getuigen/deskundigen die door het OM, de rechter-commissaris of de zittingsrechter (eventueel op verzoek van de verdachte) waren gedagvaard of opgeroepen, werden als ‘gerechtskosten’ beschouwd; zie daarvoor par. 4.4.

De kosten van getuigen/deskundigen die daarnaast nog door de verdachte zelf waren gedagvaard of opgeroepen, kunnen als kosten van de verdediging worden beschouwd en kwamen in beginsel voor rekening van de verdachte zelf; zie daarvoor par. 4.3.3.

4.3.2 Kosten van de raadsman

Het vraagstuk ‘voor wiens rekening komen de kosten van de raadsman’ hangt nauw samen met het door de Commissie Ort ontwikkelde stelsel van de imperatieve en facultatieve toevoeging van de raadsman. Om verschillende – hier niet ter zake doende – redenen was er in het voorontwerp Ort voor gekozen, de verdachte in bepaalde fasen van het proces facultatief of imperatief een raadsman toe te voegen. Het stelsel van het voorontwerp hield in dat, indien er rechtsingang werd verleend met verwijzing van de zaak naar de terechtzitting, ambtshalve een raadsman zou worden toegevoegd (onafhankelijk van verzoek of vermogen van de verdachte) ingeval de verdachte zich op dat moment in verzekerde bewaring bevond, respectievelijk zijn gevangenneming werd bevolen (art. 238, laatste lid, en art. 277 voorontwerp Ort). In de andere fasen van het proces, en voorts indien de verdachte zich – in geval van verwijzing naar de terechtzitting – niet in

verzekerde bewaring bevond, zou door de rechtbank slechts een raadsman worden toegevoegd voorzover de verdachte onvermogen was.¹³⁵

Aanvankelijk was in art. 188 van het voorontwerp Ort alleen voorzien in een onkostenvergoeding (van Staatswege) voor toegevoegde raadslieden. Die werden als gerechtskosten beschouwd. Aan de toegevoegde raadslieden werd daarnaast geen loon betaald, noch door de Staat, noch door de verdachte.¹³⁶ Dat werd als volgt toegelicht:

“De vraag of aan den toegevoegden raadsman door den Staat loon behoort te worden toegekend, wordt hier in overeenstemming met den bestaanden toestand ontkennend beantwoord. Ten aanzien van hetgeen in utram que partem over dit onderwerp is gezegd en geschreven, wordt verwezen o.a. naar de handelingen der Nederlandsche Juristenvereening van het jaar 1889. De ondergeteekende vereenigt zich met hen die meenen dat de toegevoegde verdediger zijne taak des te vrijer zoowel tegenover den verdachte of beklaagde als in zijne verhouding tot den rechter zal volvoeren, naar mate zijn optreden belangeloos is, dat hem daardoor des te meer het belang eener zaak, aan zijne zorgen toevertrouwd, zal ter harte gaan en dat de Nederlandsche Balie waar het geldt den bijstand van eenen onvermogen, gaarne daarvoor hare hooge krachten beschikbaar stelt. De thans bestaande regeling heeft dan ook doen zien dat deze beschouwingen op hechten grondslag steunen. Eene andere vraag is het echter of het niet de plicht is van den Staat om vergoeding te geven voor onkosten die noodzakelijk door den raadsman werden gemaakt om zijn taak, hem door den Staat opgedragen, naar behooren te kunnen volbrengen. De bevestigende beantwoording ligt naar het oordeel van den ondergeteekende in de vraag, gelijk zij gesteld wordt, opgesloten. Aan dezen eisch van recht wordt voldaan door het voorschrift van het onderwerpelijke artikel.”

In de 23^e, 24^e en de 32^e vergadering van de Commissie Ort is het instituut ‘toevoeging van raadslieden’ uitvoerig besproken. Daarbij kwamen onder andere vragen aan de orde als: in hoeverre wordt de imperatieve toevoeging noodzakelijk geacht in verband met een goede rechtspleging, en hoe zou dat instituut moeten worden vormgegeven nu het systeem van de rechtsingang (waarmee de imperatieve toevoeging aanvankelijk samenhangt) op voorstel van de commissie zou komen te vervallen; hoe moet het instituut facultatieve en imperatieve toevoeging organisatorisch zijn beslag krijgen; welke instantie dient – aan de hand van welke criteria – te beslissen over de toevoeging ingeval van een facultatieve toevoeging; wordt met het instituut toevoeging niet een te zware last gelegd op de balie; moet wellicht opnieuw worden overwogen een stelsel van ‘verplichte verdediging’ in het wetboek op te nemen (dat het, als gevolg van het amendement Mackay, in 1886 niet had gehaald¹³⁷) en welke consequenties zou dat hebben voor het instituut toevoeging.

¹³⁵ Zie artt. 180 e.v. voorontwerp Ort voor wat betreft de toevoeging tijdens de fase van de instructie door de rechter-commissaris en artt. 314 e.v. voorontwerp Ort voor wat betreft toevoeging tijdens de fase van het onderzoek ter terechtzitting.

¹³⁶ Zie ook par. 3.1.3, laatste deel.

¹³⁷ Vgl. par. 3.1.3.

VERPLAATSING VAN SCHADE EN KOSTEN

Hoe interessant deze discussies ook mogen zijn geweest, uit de gedachtewisseling over dit onderwerp zal hieronder slechts worden geciteerd, voorzover dat betrekking heeft op het kostenaspect:

23^e vergadering (p. 9 e.v.):

“De quaestie der toevoeging van een raadsman komt thans aan de orde (...).

De heer VAN HAMEL meent, dat het ontwerp in de mate waarin ten deze over de balie beschikt wordt, te ver gaat. Spreker zou met handhaving der bepalingen over de imperatieve toevoeging op verzoek van preventief-gedetineerden, aan niet-preventieven, evenneens op hun verzoek, facultatief een raadsman willen zien toegevoegd door de orde der advocaten zelve, door de bureaux van consultatie. Daarenboven zou hij aan die bureaux van Staatswege een zeker bedrag wenschen te zien toegekend, ten einde daaruit – naast de kosten – ook het honorarium der toegevoegde advocaten te kunnen bestrijden.

De VOORZITTER zegt, dat ook naar zijne meening eenig honorarium aan de toegevoegde advocaten moet kunnen worden toegekend en artikel 188 ontwerp in dien zin dient te worden aangevuld. Wellicht vindt een deel der balie het aannemen van zoodanige vergoeding infra dignitatem, maar de mogelijkheid van bedoelde toekenning behoort, als in de Deutsche S.P.O. te worden geopend.

De heer DRESSELHUYS meent, dat de maatschappelijke welstand der Hollandsche advocaten als regel grooter is dan die der Duitsche. Een gering honorarium zullen de eerstgenoemde z.i. afslaan, terwijl toekenning van een hoog honorarium zou medebrengen het gevaar, dat de toevoeging zou worden uitgelokt.

(...)

Spreker (de heer FEITH (NK)) betwijfelt voorts of het wel noodzakelijk is, den verdachte op het bestaan van zijn bevoegdheid zich een raadsman te doen toevoegen opmerkzaam te maken. Zoodoende legt men hem het verzoek tot toevoeging in den mond en zal aan het instituut een ontzaglijke uitbreiding geven. De salariskaestie, waarvoor spr. wat huiverig is, zal dan nog meer op den voorgrond treden.

(...)

De heer SIMONS herinnert aan de vergaderingen der Nederlandsche Juristenvereeniging van 1889 en 1907. Op beide vergaderingen was men van oordeel, dat de toevoeging vanwege de balie zou dienen te geschieden en dat de ingevolge die toevoeging verrichte arbeid der balie aanspraak op honorarium zou moeten geven.”

Allengs begon dus de mening post te vatten, dat de overheid in ieder geval een deel van de verdedigingskosten die tot dan toe voor rekening van de balie kwamen, op zich behoorde te nemen. Deze ‘collectivisering’ van de kosten van toegevoegde raadsliden lijkt goed te passen in de tijdsgeest van het begin van de 20^e eeuw, toen de eerste schreden werden gezet op de weg naar de ‘sociale verzorgingsstaat’.¹³⁸ Wel werd uit oogpunt van doelmatigheid besloten daarin niet te ver te gaan.

“Wat de quaestie der remuneratie betreft, herinnert spreker (de heer DIEPENHORST (NK)) aan de daartegen op de vergadering der Juristenvereeniging van 1889 door Jhr. Mr. RETHAAN MACARE geopperde bezwaren, te weten dat daardoor de raadsman niet meer zoo vrij zou staan tegenover het O.M., dat hem schamper zou kunnen bejegenen; dat de

¹³⁸ Zie voor een ‘tegenbeweging’ in deze, anno 2001, o.a.: R.H. Stutterheim, ‘Principes’, in *NJB* 2001, no 6, p. 254.

KWAKMAN

beklaagde zelf op grond dier remuneratie een hoogen toon tegen zijn verdediger zou kunnen aanslaan; en ten slotte, dat, zoodra die remuneratie eenigszins belangrijk zou worden, er zich zou vormen een groep van ietwat minderwaardige advocaten, die zich min of meer uitsluitend met toegevoegde zaken zouden belasten, bereid zouden zijn, deze steeds van hun collega's over te nemen, enz. Met het oog op dit laatste bezwaar, hetwelk spreker niet geheel ongegrond voorkomt, zou het wellicht aanbeveling verdienen, bedoelde remuneratie althans zeer matig te houden.

(...)

De remuneratie, waarvan de heer DIEPENHORST meende, dat zij zeer matig moest zijn, zal intusschen niet het karakter van een fooi mogen aannemen: dan eerst zou het aannemen daarvan waarlijk infra dignitatem moeten worden geacht.

(...)

Wat de remuneratie betreft, merkt spreker (de VOORZITTER (NK)) nog op, dat het hier niet geldt een fooi, doch een alleszins billijke belooning voor diensten, welke in het belang der geheele maatschappij worden bewezen en waardoor zelfs hooge uitgaven zouden gerechtvaardigd zijn.”

Tegen de achtergrond van de discussies over de kwestie ‘schadevergoeding na preventieve hechtenis’ lijkt dit een verrassend ruimhartige opstelling.

“Wat betreft de quaestie der remuneratie besluit de commissie, dat den toegevoegden raadslieden behalve de vergoeding hunner noodzakelijke onkosten, ook een behoorlijk honorarium behoort te worden toegekend. Bij wet of algemeenen maatregel van bestuur zouden voor dat honorarium maxima zijn te stellen, de beoordeeling der met inachtneming der daaromtrent te stellen bepalingen in rekening te brengen honoraria zou aan de balie zijn over te laten.

(...)”.

De 24^e vergadering (p. 1 e.v.)

“De VOORZITTER constateert als de meening der commissie dat de opneming der noodzakelijke verdediging niet noodzakelijk is te achten. Ook de imperatieve toevoeging zal m.a.w. in het systeem van het ontwerp niet beletten, dat de verdachte of beklaagde van den bijstand van den toegevoegden raadsman ten allen tijde zal kunnen afzien.”

Dat wil zeggen dat de commissie er niets voor voelde opnieuw te proberen het stelsel van verplichte verdediging (dat het bij de herziening van het wetboek van 1886, tengevolge van het amendement Mackay, niet had gehaald) in het wetboek op te nemen. Een verdachte kon derhalve afzien van de rechtsbijstand door een ambtshalve toegevoegde raadsman. Dat had gevolgen – zoals we verderop zullen zien – voor de mogelijkheid tot verhaal van de kosten van (ook) de ambtshalve toegevoegde raadsman.

“Spreker (de heer DRESSELHUYS (NK)) merkt verder op, dat indien de preventief kan betalen, niets belet om de kosten van den rechtsbijstand op hem te verhalen .

De VOORZITTER zou het wel wat vreemd vinden, dat de preventief c.q. nog zou hebben te betalen den rechtsbijstand, dien hij niet begeert.

De heer DRESSELHUYS noemt als correctie, dat de aangehoudene van de verdediging kan desisteeren.(afzien (NK)) (...).

VERPLAATSING VAN SCHADE EN KOSTEN

De heer DRESSELHUYS acht de vrees, dat vermogende preventieven in zijn stelsel trachten zouden gratis een verdediger te krijgen, niet zoo'n heel sterk argument tegen dat stelsel. Immers in de eerste plaats zou de mogelijkheid van verhaal op niet-onvermogenen dienen te worden geopend en vervolgens is reeds door de commissie besloten, dat de balie ter zake der toevoegingen ook honoraria zal kunnen declareeren, welke honoraria niet te krap zullen zijn toe te meten. Bestaat er dan nog wel zooveel reden om naar middelen te zoeken ten einde te beletten, dat vermogende preventieven zich aan hun plicht om hun verdediger te betalen, zullen onttrekken? Spreker wenscht te voorkomen, dat preventieven door scrupules van dezen of genen aard er niet toe zouden komen van hun bevoegdheid een verdediger te vragen, gebruik te maken. Ingeval van prev. h. is er voor een verdediger steeds nuttig werk te doen.

De commissie vereenigt zich met de denkbeelden ten deze van den heer DRESSELHUYS (...).

Het Bureau ontwierp een aangepaste regeling, waarin de opmerkingen van de commissie werden verwerkt, en dat vervolgens in de 32^e vergadering aan de commissie werd voorgelegd. Maar een enkel lid kon zich nog niet geheel verenigen met het nieuwe voorstel:

“Tegen artikel 64, eerste lid, heeft de heer SIMONS bezwaar. Ware het verhaal van honorarium en vergoeding voor den toegevoegden raadsman op de goederen van verdachte niet beter te beperken? De Deutsche wet bepaalt in par. 150, tweede lid: “Der Rückgriff an den in den Kosten verurteilten Angeklagten bleibt vorbehalten”. Dat is een veel minder algemeene bepaling dan die van artikel 64.

De heer DRESSELHUYS wijst er op, dat de verdachte, wien een raadsman werd toegevoegd, desgewenscht van bijstand door dezen zal kunnen afzien. Geschiedde de toevoeging op verzoek, dan heeft de verdachte wel zijn onvermoogen moeten aantoonen, maar kan daarbij b.v. bedrog hebben gepleegd, zoodat ook ingeval van toevoeging op verzoek verhaal moet mogelijk zijn. Bovendien zal, gelijk de heer SIMONS opmerkt, het honorarium van den toegevoegden raadsman wel minder bedragen dan dat van een gekozen. Volgens artikel 64, tweede lid, zal voorts de tenuitvoerlegging enkel binnen een zeer korten termijn mogen geschieden. Spreker wijst er nog op, dat de wet op het armenbestuur verhaal van kosten van onderstand ook op de ondersteunden zelve kent.

De heer VAN HAMEL gevoelt er wel iets voor, het verhaal niet toe te kennen ingeval van vrijspraak.

De VOORZITTER meent, dat aan de geopperde bezwaren zou zijn tegemoet te komen, door den Minister van Justitie over de vraag of al dan niet verhaald zal worden, naar bevind van zaken te doen beslissen.

Aldus wordt besloten. De redactie van artikel 64, eerste lid, zal nader door het Bureau worden ontworpen.”

De gedachtewisseling over dit onderwerp, op basis waarvan het Bureau een nieuw stelsel ontwierp, resulteerde in onder andere de volgende artikelen:

Artikel 37

De president der rechtbank of, indien de zaak voor het gerechtshof moet dienen, de president van het gerechtshof voegt ambtshalve een raadsman toe aan iederen verdachte die zich *tijdens* (curs. NK) de dagvaarding ter terechtzitting in voorloopige hechtenis bevindt (...).

KWAKMAN

Artikel 38

Op verzoek van den verdachte wordt aan hem een raadsman toegevoegd

a. door den president der rechtbank of, indien de zaak voor het gerechtshof dienen moet, den president van het gerechtshof, indien de verdachte *vóór* (curs. NK) de dagvaarding ter terechtzitting zich in voorloopige hechtenis bevindt of na sluiting van het onderzoek in voorloopige hechtenis wordt genomen.

b. In alle andere gevallen door het bureau van rechtsbijstand in strafzaken, doch alleen, indien dit bureau voor de toevoeging voldoende grond aanwezig acht, en zonder dat de verdachte aan het verzoek het recht kan ontleenen om de behandeling der zaak op te houden.

Artikel 40

Een toevoeging heeft enkel plaats, indien de verdachte nog geen raadsman heeft.

Zij geschiedt buiten de gevallen van ambtshalve toevoeging enkel aan verdachten wier onvermogen voldoende gestaafd wordt geoordeeld.

(...)

Artikel 44

Den toegevoegden raadsman wordt van staatswege honorarium alsmede vergoeding van noodzakelijk gemaakte onkosten toegelegd naar regelen bij algemeenen maatregel van bestuur te stellen.

(...)

Artikel 45

Indien een raadsman is toegevoegd, kunnen diens honorarium en vergoeding op de goederen van den verdachte worden verhaald, voorzover de Minister van Justitie zulks wenschelijk oordeelt.

De Raad van State kon zich in grote lijnen – op een enkele kritische noot na – vinden in het voorgestelde stelsel.

De artikelen werden, behoudens enige redactionele wijzigingen, ongewijzigd opgenomen in het O.R.O.

Kort samengevat hield de regeling dus in, dat aan de preventief gedetineerde die werd gedagvaard, door de voorzitter van de rechtbank ambtshalve een raadsman werd toegevoegd (daarnaast door de president van het gerechtshof, onder bepaalde omstandigheden). Aan de preventief gedetineerde die nog niet was gedagvaard, werd op diens verzoek door de voorzitter van de rechtbank/gerechtshof imperatief een raadsman toegevoegd, mits hij onvermogen was. In alle andere gevallen werd slechts een raadsman toegevoegd, en wel door de Raad van de Rechtsbijstand, voorzover deze laatste daarvoor voldoende grond aanwezig achtte (dus facultatief) en mits de verdachte onvermogen was. De kosten van zowel de ambtshalve als de op verzoek toegevoegde raadsman konden worden verhaald op de goederen van de verdachte indien de Minister van Justitie daar aanleiding toe zag.

De Memorie van Toelichting (p. 44 e.v.) meldt dienaangaande (voorzover relevant in verband met het kostenaspect:):

VERPLAATSING VAN SCHADE EN KOSTEN

Bij art. 38

(...) geschiedt eene toevoeging welke niet is eene ambtshalve, enkel aan verdachten, wier onvermogen voldoende gestaafd wordt geoordeeld, d.w.z. door de toevoegende autoriteit. Het begrip “onvermogen” worde ten deze opgevat in betrekkelijken zin. Kan de verdachte de kosten van den rechtsbijstand zonder te groote offers betalen, dan is hij niet “onvermogen”; in het andere geval “onvermogen”. De ambtshalve toevoeging, geregeld bij artikel 37, geschiedt onafhankelijk van vermogen of onvermogen van den verdachte. Dat vermogende preventief-gedetineerden van bedoelde regeling c.q. misbruik zullen maken om kosteloozen rechtsbijstand te erlangen, behoeft te minder worden gevreesd, nu artikel 45 uitdrukkelijk de mogelijkheid van verhaal van belooning en vergoeding voor den toegevoegden raadsman op de goederen van den verdachte openstelt. Dat zoodanigen preventief-gedetineerden niet tegen hun wil de kosten van toegevoegde rechtsgeleerde hulp kunnen worden opgelegd, vloeit reeds voort uit de algemeene bevoegdheid van verdachten om van zoodanige hulp te desisteeeren (men vergelijke de toelichting op artikel 29).

Bij art. 45

Artikel 45 opent de mogelijkheid van verhaal van het bedrag van belooning en vergoeding op de goederen van den verdachte. Gedacht is hierbij niet alleen aan het geval van ambtshalve toevoeging aan vermogende preventief-gedetineerden, doch ook b.v. aan de gebeurlijkheid, dat een onvermogene verdachte, wien een raadsman werd toegevoegd, naderhand vermogend zou worden. Intusschen is het verhaal enkel toegelaten voorzover de Minister van Justitie de wenschelijkheid daarvan aanwezig oordeelt en aldus de noodige waarborg geschapen voor eene voorzichtige toepassing van dit artikel.

Het verhaal geschiedt, na bekomen machtiging van dien Minister, uit kracht van een bevelschrift van tenuitvoerlegging, af te geven door den president van het college en op de wijze, te bepalen bij algemeenen maatregel van bestuur. Met het uitlokken van bedoeld bevelschrift en de tenuitvoerlegging daarvan zullen bij dien algemeenen maatregel uiteraard ambtenaren, ressorteerende onder het Departement van Financiën, worden belast. Voorts is nog, ten einde niet gedurende al te langen tijd den verdachte door de mogelijkheid van die tenuitvoerlegging te doen bedreigd zijn, bij den laatsten zin van artikel 45 bepaald, dat het verhaal niet meer kan plaats vinden, indien sedert den datum van het bevelschrift drie maanden zijn verlopen. Het artikel beoogt toch voornamelijk tegen bedrog of te groote zuinigheid te waken en wil pas in de tweede plaats verhaal mogelijk maken op de goederen van verdachten, die na de toevoeging vermogend worden.

Het stelsel is – wat betreft het kostenaspect – ten slotte vrijwel onveranderd aangenomen door de Tweede en Eerste Kamer. Wel werd bij artikel 45 lid 1, vernummerd tot artikel 49 lid 1, nog een tweede zin toegevoegd: “met betrekking tot de berekening van het bedrag der belooning of vergoeding kunnen regelen worden gesteld bij algemeenen maatregel van bestuur”.¹³⁹

Het eerste lid van art. 49 (verhaal van de kosten van de toegevoegde raadsman op het vermogen van de verdachte) is overigens nooit toegepast.¹⁴⁰

¹³⁹ Zie Wijzigingen, voorgesteld door de Regeering, in overleg met de Commissie van Voorbereiding. Kamerstukken 1919-1920, no. 18, (tweede lezing) no. 13, p. 1.

¹⁴⁰ Zie Strafvordering, Tekst en Commentaar (derde druk), p. 123, commentaar bij art. 49 Sv.

De opstellers hadden met het stelsel beoogd een aanvaardbaar evenwicht te bereiken tussen enerzijds het uitgangspunt dat de kosten van de verdediging in beginsel voor rekening van de verdachte behoorden te blijven en anderzijds het streven om de verdachte de gelegenheid te bieden zijn verdediging optimaal vorm te geven, ook als hij onvermogen was of anderszins moest worden gerekend tot de ‘personae miserabiles’ die onvoldoende in staat waren hun belangen in deze te behartigen.

Zoals gezegd, werden de kosten van de toegevoegde raadsman, voorzover niet verhaalbaar, tot de gerechtskosten gerekend. Zie daarvoor par. 4.4.

Voor het overige kwamen de kosten van de raadsman voor rekening van de verdachte zelf en kunnen dus als verdedigingskosten worden beschouwd. Zie daarvoor par. 4.3.3.

4.3.3 Overige kosten van de verdediging

In het voorontwerp Ort werd een met art. 217 Sv 1886¹⁴¹ vergelijkbaar artikel opgenomen, betreffende de vergoeding van de kosten van de verdediging na vrijspraak, ontslag van alle rechtsvervolgung en niet-ontvankelijkheid van het OM. Het artikel luidde als volgt:

Art. 403

In de gevallen, voorzien bij het voorgaand artikel (vrijspraak, ovar, niet-ontvankelijkheid OM (NK)), beveelt de rechtbank, dat de kosten, door den beklaagde gemaakt tot dagvaarding en schadeloosstelling van getuigen of deskundigen of tot het bijbrengen van stukken, met uitzondering van die kosten, welke de rechtbank verklaart noodeloos te zijn gemaakt, den beklaagde door den Staat en, indien het betreft eeene zaak aanhangig gemaakt overeenkomstig nummer 2 van artikel 310, door de daarbij vermelde ambtenaren worden vergoed.

Het bedrag der vergoeding wordt bij het vonnis vastgesteld.

Door den president wordt daarvoor, zoodra het vonnis in kracht van gewijsde is gegaan, een bevelschrift van ten uitvoerlegging gegeven.

De toelichting meldt niet veel meer dan dat het artikel is overgenomen van artikel 217 van het wetboek van 1886, met deze wijziging dat in Rijksbelastingzaken niet de Staat, maar de administratie (om hier niet ter zake doende redenen) tot vergoeding in de vermelde kosten zou worden verwezen.

Het artikel werd slechts kort behandeld in de 39^e vergadering van de Commissie Ort:

“Op voorstel van de heer DRESSELHUYS wordt besloten, den verdachte, ingeval van vrijspraak, ontslag van rechtsvervolgung enz. billijkheidshalve en op zijn verzoek de reiskosten te vergoeden op den voet van het getuigentarief. Intusschen alleen de kosten zijner reizen om het onderzoek ter terechtzitting en de einduitspraak bij te wonen, niet de reiskosten tijdens het voorbereidend onderzoek. Het toekennen van vergoeding voor reiskosten ter beoordeeling van de rechtbank te laten, zou tot stigmatisering van bepaalde groepen leiden.

¹⁴¹ Zie par. 3.1.3.

VERPLAATSING VAN SCHADE EN KOSTEN

Aan toekenning van vergoeding voor tijdverzuim – bij getuigen is deze vergoeding trouwens zeer gering – schijnt minder behoefte te bestaan.

Naar aanleiding van artikel 403 merkt de heer DRESSELHUYS op, dat de rechtbank het bevel, bedoeld bij het eerste lid, alleen geeft, indien door of vanwege den verdachte een staatje van de gemaakte kosten wordt overgelegd, m.a.w. op verzoek.

De VOORZITTER wijst er op, dat de bepaling, evenals in artikel 217 (oud (NK)) imperatief is gesteld. De rechtbank kan dan ook uit de stukken meestal zien dat de kosten gemaakt zijn.

Er ontwikkelt zich eenig debat over de huidige positie der door den verdachte gedagvaarde getuigen en deskundigen, die verplicht zijn te verschijnen, doch allerminst zeker zijn de door hen gemaakte kosten terug te ontvangen.¹⁴² De verdachte krijgt c.q. de door hem *gemaakte* kosten terug, doch behoeft de dagvaarding van den getuige niet over te leggen. Een correctief wordt gezien hierin, dat het O.M. met eenige vrijgevigheid aan het verzoek van den verdachte om getuigen of deskundigen te dagvaarden, gevolg geve. Den hier bedoelden getuigen en deskundigen rechtstreeks de kosten terug te betalen, zou gevaar voor misbruiken openen, den verdachte de beschikking geven over de Staatskas.

De heer SIMONS zou tegen zoodanige rechtstreeksche terugbetaling geen bezwaar hebben, indien deze werde beperkt tot die getuigen en deskundigen, van wie de president aanneemt, dat er voor den verdachte een redelijke grond bestaat om hen te dagvaarden.

De commissie besluit den bestaanden toestand ten deze te handhaven.”

Dat laatste wil zeggen: vergoeding van de vermelde kosten, tenzij ze naar het oordeel van de rechter onnodig waren gemaakt.

In verband met het streven naar een geheel nieuwe, systematische en goed geordende indeling van het wetboek, werd het betreffende artikel vervolgens in het O.R.O. ondergebracht in een apart boek en een aparte titel: Boek V (Tenuitvoerlegging en kosten), titel II (Kosten), art. 552.

In de schoot van het Bureau heeft het artikel daarnaast nog (afgezien van de wijzigingen die door de commissie waren voorgesteld) een enkele wijziging ondergaan, waarvan de belangrijkste is, dat ook aan de *veroordeelde* verdachte (en een verdachte ten aanzien van wie een maatregel was toegepast) bepaalde kosten zouden worden vergoed, voorzover deze kosten waren gemaakt in het belang van het onderzoek.

In het uiteindelijke ontwerp van de Commissie Ort luidde art. 552 als volgt:

Ingeval bij de einduitspraak geen straf of maatregel wordt toegepast, worden alle kosten door den verdachte gemaakt tot dagvaarding en schadeloosstelling van getuigen of deskundigen of van overlegging of afgifte van stukken, zoomede die zijner reizen tot het bijwonen ter terechtzitting van onderzoek en uitspraken, hem, met uitzondering van de kosten welke noodeloos zijn gemaakt, van Staatswege vergoed.

Ook bij toepassing van straf of maatregel worden alle kosten door den verdachte gemaakt tot dagvaarding en schadeloosstelling van getuigen of deskundigen, of van overlegging of afgifte van stukken, hem vergoed, voor zoover de aanwending dier kosten door het belang van het onderzoek werd gevorderd.

Het bedrag van de vergoeding wordt (...) op verzoek van den verdachte en met inachtneming van vorenstaande regelen en van de bepalingen van het tarief van gerechtskosten in strafzaken vastgesteld, zoodra de einduitspraak in kracht van gewijsde is gegaan.

¹⁴² Zie ook par. 2.2.2, laatste tekstblok (NK).

In de Memorie van Toelichting werden de wijzigingen ten opzichte van art. 217 Sv 1886 als volgt verantwoord:

“Artikel 552 regelt het onderwerp van art. 217 der bestaande wet, met dien verstande, dat de daarin voorkomende voor den verdachte gunstige bepaling zich hier uitstrekt tot zijne reiskosten om het onderzoek ter terechtzitting en de uitspraak bij te wonen. De bepaling van het tweede lid steunt op gronden van billijkheid.”

Opnieuw: wat daar ook onder moge worden verstaan. Aangenomen mag worden dat hier eveneens werd beoogd (zie ook de vorige paragraaf) de inzet van bepaalde essentiële verdedigingsmiddelen niet afhankelijk te stellen van de draagkracht van de verdachte, en een doelmatige verdediging zo min mogelijk in de weg te leggen. Het risico van een latere veroordeling, tengevolge waarvan alle kosten van de verdediging voor eigen rekening zouden komen, zou immers de verdachte ervan kunnen weerhouden serieus werk te maken van zijn verdediging.

“In beide gevallen is de vergoeding van kosten gebiedend voorgeschreven, en het al dan niet toekennen van vergoeding van reiskosten niet aan den rechter overgelaten wegens gevaar voor stigmatisering van den verdachte aan wien de vergoeding mocht worden onthouden. Evenwel wordt de vergoeding niet verleend dan op verzoek van den verdachte, die tot staving daarvan de noodige gegevens zal moeten verstrekken, voor zoover de rechter uit de stukken niet zal kunnen opmaken dat de beweerde kosten zijn gemaakt. (...)”
(In art. 553 werd art. 552 van toepassing verklaard voor het geval de zaak in enige aanleg eindigde voordat het eindvonnis was uitgesproken.)

De Raad van State wilde nog enkele onduidelijkheden opgehelderd zien en plaatste voorts een kritische opmerking bij lid 2:

Artikel 552, eerste lid.

Het schijnt niet duidelijk wat onder *kosten zijner reizen* moet worden verstaan, nu noch van verblijfskosten noch van vergoeding voor tijdverzuim wordt gesproken. Zij daaronder bijv. ook de verteringskosten, welke de verdachte gedurende de reis heeft moeten maken, begrepen? Eenige verduidelijking komt wenschelijk voor.

Artikel 552, tweede lid.

Deze bepaling is zeer rekbaar. Waar ze in de Memorie van Toelichting op gronden van billijkheid wordt gemotiveerd, komt het den Raad zeer twijfelachtig voor of in dezen niet te ver wordt gegaan.

Echter (inmiddels Minister) Ort kwam niet op zijn schreden terug en nam het artikel en de bijbehorende toelichting onveranderd over in het O.R.O., dat aan de Tweede Kamer werd aangeboden.

De Commissie van Voorbereiding kon zich verenigen met de betreffende artikelen en de toelichting daarop, zij het dat ze (bij de behandeling van art. 267 O.R.O.) de vraag

VERPLAATSING VAN SCHADE EN KOSTEN

opwierp te wiens laste de kosten zouden komen, voor het geval de dagvaarding voortijdig zou worden ingetrokken. De regering zegde toe dat ook in dat geval de vermelde kosten ten laste van de Staat zouden komen en dat de betreffende artikelen in die zin zouden worden aangepast.

De aldus gewijzigde artikelen (uiteindelijk samengevoegd en vernummerd tot art. 591) zijn vervolgens aangenomen in de Tweede en Eerste Kamer, zonder dat daarover nog nader van gedachten is gewisseld.

Uit het stelsel van de vergoeding van (bepaalde) kosten van de verdediging mag worden afgeleid dat de verdachte in beginsel zijn eigen kosten had te dragen, voorzover de kosten niet tot de gerechtskosten werden gerekend.¹⁴³ Slechts de kosten van enkele essentiële middelen ter verdediging, zoals de kosten van de door de verdachte opgeroepen getuigen/deskundigen, de kosten van exploten en de kosten van overlegging en afgifte van stukken werden vergoed, tenzij ze nodeloos waren gemaakt. Voorts kwamen de kosten van toegevoegde raadslieden voor rekening van de Staatskas, voorzover de verdachte onvermogend was (zie par. 4.3.2). De verdachte die niet werd veroordeeld, kwam daarnaast nog in aanmerking voor een vergoeding van de reiskosten tot het bijwonen van de terechtzitting van het onderzoek en de uitspraak. Waarom wat dat betreft onderscheid werd gemaakt tussen veroordeelde en niet-veroordeelde verdachten is niet geheel duidelijk. Waarschijnlijk moet dat worden toegeschreven aan (een residu van) het verwijtbaarheidsbeginsel, dat in sommige opzichten nog steeds een rol speelde bij de vraag wie de schade en kosten van het strafproces behoorde te dragen.

Alle andere kosten bleven voor rekening van de verdachte.

4.4 Veroordeling in de proceskosten

Tot de 'gerechtskosten' werden onder meer gerekend – zoals we hierboven zagen – de niet-verhaalbare kosten van de toegevoegde raadslieden en de kosten van getuigen en deskundigen, voorzover opgeroepen door het OM of de rechter.¹⁴⁴ Daarnaast behoorden daartoe, in het stelsel van het voorontwerp, nog tal van andere kosten zoals bijvoorbeeld de kosten van de kosteloze afgifte van stukken aan de verdachte (voorzover onvermogend)¹⁴⁵ en de kosten van verplichte exploten die eveneens voor rekening van de

¹⁴³ Zie ook Blok en Besier, a.w., deel 3, p. 252.

¹⁴⁴ Zie voor wat betreft de regeling omtrent de schadeloosstelling van getuigen die door het OM en de rechtbank worden opgeroepen, aanvankelijk art. 159 voorontwerp. In het O.R.O. is dit artikel vervallen. Zie par. 4.5. Inmiddels is deze materie geregeld in de wet tarieven in strafzaken.

¹⁴⁵ Art. 401-2, 177 en 186 voorontwerp, later gewijzigd in art. 32 O.R.O.

Staat kwamen voorzover de verdachte onvermogen was.¹⁴⁶ Aan het eind van deze paragraaf zal aan deze laatste ‘gerechtskosten’ nog een enkel woord worden gewijd.¹⁴⁷

Zoals in paragraaf 3.1.4 reeds vermeld, is de regeling betreffende de verwijzing van de veroordeelde in de gerechtskosten op 15 april 1896 bij een partiële wetswijziging afgeschaft (Staatsblad nr. 70).

Het voorontwerp van Ort kwam daar gedeeltelijk op terug. Artikel 401 van het voorontwerp luidde:

“Behoudens de uitzonderingen bij de wet bepaald, blijven de gerechtskosten voor rekening van den Staat.

Kosten door of ten behoeve van den beklaagde gemaakt, zijn alleen in zooverre onder de gerechtskosten begrepen als zij zijn veroorzaakt door de afgifte van kosteloze afschriften van stukken aan den beklaagde en de oproeping van getuigen of deskundigen, die in gevolge verzoek van den beklaagde op bevel van den president zijn gedagvaard.

In de gevallen waarin de veroordeelde in de kosten wordt verwezen, wordt die veroordeeling uitvoerbaar verklaard ook bij lijfswang, waarvan de langste duur door de rechtbank wordt bepaald.”

Getuige de toelichting bij dit artikel had men met de ‘uitzonderingen’ op het uitgangspunt dat de proceskosten voor rekening van de Staat zouden blijven, met name het oog op de kosten van een verstekvonnis:

“De bepalingen van artikel 214, *tweede en derde lid*, en van artikel 215 der bestaande wet zijn hier samengetrokken.¹⁴⁸

Ten aanzien van de kosten gevallen op een verstekvonnis welke na verzet ten laste van den beklaagde zullen komen, zie men de artikelen 455 en 457, *laatste lid*, van dit ontwerp, en de daarop gegeven toelichting. Door de toepasselijkverklaring van het onderwerpelijke artikel op het geding in hooger beroep (men zie artikel 434) geldt deze regeling ook in die instantie.”

De artikelen 455 en 457, waarnaar de toelichting verwees, luiden als volgt:

Art. 455 (derde lid):

(...)

Alle kosten door het verstek veroorzaakt, komen, ook ingeval van niet-veroordeeling, ten laste van dengene die in verzet is gekomen, ten ware de dagvaarding mocht zijn nietig verklaard, of hij mocht aantoonen in de onmogelijkheid te zijn geweest van te kunnen verschijnen.

¹⁴⁶ Art. 615 voorontwerp.

¹⁴⁷ Zie voor een uitzondering op de regel dat verdachte de kosten van deskundigen die hij zelf heeft opgeroepen, dient te dragen, de regeling van het deskundigenonderzoek in het GVO, met name het tegenwoordige artikel 234-3 Sv.

¹⁴⁸ Zie par. 3.1.4 en de wijziging in 1896 (NK).

VERPLAATSING VAN SCHADE EN KOSTEN

Art. 457 (laatste lid):

(...)

De rechter beslist in alle gevallen omtrent de kosten door het verstek veroorzaakt, overeenkomstig het bepaalde bij het derde lid van artikel 455. Wordt het verzet gedaan door meerdere medebeklaagden, dan wordt voor ieder hunner het aandeel in de kosten bepaald.

Blijkens de toelichting bij artikel 455, werd daarmee het oude artikel 266, lid 4,¹⁴⁹ dat verviel toen de veroordeling in de proceskosten bij de partiële wetwijziging in 1896 werd afgeschaft, in ere hersteld:

“Het laatste lid, waarmede men gelieve te vergelijken het laatste lid van artikel 457 van dit ontwerp, herstelt de bij de wet van 15 April 1896 (*Staatsblad* no. 70), houdende regeling betreffende de gerechtskosten in strafzaken, ingetrokken bepaling van het vroeger bestaande vierde lid van genoemd artikel 266 van het Wetboek van Strafvordering.

Blijkens het voorloopig verslag van de Eerste Kamer van de Staten-Generaal betreffende het ontwerp dier wet was reeds bij onderscheiden leden tegen deze bij amendement aangebrachte wijziging die ook door de Regeering was bestreden, bedenking gerezen. Het gevolg daarvan is toch dat door eene willekeurige afwezigheid van den beklaagde herhaalde berechting noodzakelijk kan worden en de Staat aansprakelijk wordt gesteld voor daaruit voortvloeiende, door de schuld van den beklaagde veroorzaakte meerdere kosten. De ondergeteekende deelt deze bezwaren volkomen. Waar de dagvaarding geldig en de verschijning daarop door den beklaagde mogelijk was, schijnt het noch billijk, noch noodig, om de kosten eener dubbele behandeling ten laste van den Staat te brengen: integendeel pleit de billijkheid er voor die te brengen ten laste van hen die ze zonder noodzaak veroorzaakte.

Hierbij zij er nog op gewezen dat de in de laatste zinsnede gebezigde uitdrukking “of hij mocht *aantoonen* enz.” te kennen geeft dat hier geen sprake is van een formeel wettig bewijs, doch dat de beklaagde kan volstaan met het aannemelijk maken van zijne bewering ten genoegen van den rechter.”

De verwijtbaarheid in de zin van ‘strafrechtelijke schuld’ was niet langer het doorslaggevende criterium voor het antwoord op de vraag of de proceskosten al dan niet in rekening behoorden te worden gebracht aan de veroordeelde. Immers, de veroordeling in de proceskosten was op zwaarder wegende gronden (een kosten-batenanalyse) al eerder afgeschaft. Echter, van het verwijtbaarheidsbeginsel in de zin van ‘processuele schuld’ wenste men nog geen afstand te doen. Toch gaven andere overwegingen uiteindelijk de doorslag: deze artikelen, die het mogelijk maakten de verdachte die verstek had laten gaan, te veroordelen in de kosten van het verstek, werden niet meer opgenomen in het ontwerp van de Commissie Ort en het O.R.O. De regeling van het verstek en het verzet werd zodanig vormgegeven dat het gevaar voor een ‘verstekplaag’ kennelijk anderszins doelmatig was afgewend.

Ook overigens was er geen reden meer om een regeling in de wet op te nemen betreffende de veroordeling in de proceskosten (de ‘gerechtskosten’). De veroordeling in de proceskosten in het kader van het strafrecht was voltooid verleden tijd. Zie ook de

¹⁴⁹ Zie laatste tekstblok van par. 3.1.4 .

overweging in de Memorie van Toelichting bij de artt. 158 en 159 van het O.R.O., betreffende het schrappen van de veroordeling van niet-verschenen getuigen in de daardoor nodeloos gemaakte proceskosten: “...; trouwens van eigenlijke “gerechtskosten” is in het Ontwerp geen sprake meer.” (zie par. 4.2.)

Uit de Memorie van Toelichting bij artikel 345 kan dienaangaande nog worden opgetekend:

“De regeling der kosten, door den Staat of den beklaagde te dragen, en der vergoeding aan laatstgenoemde te geven ingeval van vrijspraak, ontslag van rechtsvervolging of niet-ontvankelijkheidsverklaring van den officier van justitie, welke thans is de artt. 214, 215 en 217 W.v.Sv. wordt aangetroffen, is in het Ontwerp vervangen door die der artikelen 552 en 553.”

Die artikelen regelden slechts de vergoeding van (bepaalde) kosten aan de verdachte. Zie de vorige paragraaf. Van gerechtskosten wordt in het ontwerp niet meer gesproken, zoals nog wel het geval was geweest in het voorontwerp van Ort, onder andere in art. 401 (zie boven) en art. 615, waaraan nog een enkel woord zal worden gewijd.

Artikel 615 (voorontwerp):

Bij onvermogen, ter beoordeeling van den president van het rechterlijk college of van den kantonrechter, tot wiens kennisneming de zaak behoort, of indien beroep is ingesteld, van den president van het rechterlijk college dat op het beroep moet recht doen, beveelt deze, wanneer de beklaagde of veroordeelde daartoe verzoek doet, dat de kosten, voortvloeiende uit eenig bij het bevel aan te wijzen exploit, vanwege den beklaagde of veroordeelde te beteekenen, voor zoveel betreft het loon en de vergoeding van reiskosten van den deurwaarder, onder de gerechtskosten worden begrepen.

Ook deze regeling werd verwerkt in het stelsel van art. 552 en 553 van het ontwerp, later vernummerd tot art. 591 Sv.

Wat betreft de kosten van de inzage in de processtukken en de eventuele afgifte van afschriften daarvan aan de verdachte, zij nog opgemerkt dat het (uiteindelijke) art. 591 Sv daarop geen betrekking had en heeft. De in art. 591 Sv bedoelde vergoeding van de kosten van ‘afgifte van stukken’ doelt op de kosten die de verdachte zelf heeft moeten maken in verband met het overleggen van ontlastende bescheiden en dergelijke.¹⁵⁰ Terzake van de kosten van de inzage in (en het verstrekken van afschriften van) processtukken gold een aparte bepaling. Naar analogie van de regeling omtrent de kosten die verband hielden met de toevoeging van raadslieden, was dienaangaande in het O.R.O. art. 32, lid 4 opgenomen. Daarin werd bepaald dat de afschriften van processtukken kosteloos zouden worden verstrekt ingeval de verdachte – naar het oordeel van de rechter – onvermogen zou zijn. In de definitieve versie van dit artikel (artikel 34 Sv) was het kostenaspect uit de wet zelf verdwenen en werd de Kroon opgedragen bij AMvB te regelen of en in hoeverre de inzage

¹⁵⁰ Zie Blok en Besier, a.w., deel 3, p. 253-254.

VERPLAATSING VAN SCHADE EN KOSTEN

in en het verstrekken van afschriften van processtukken voor rekening van de verdachte kwam¹⁵¹.

4.5 Stukken van overtuiging

Het OM en de rechter kunnen langs verschillende wegen de beschikking krijgen over stukken van overtuiging (en stukken waarvan de verbeurdverklaring of onttrekking aan het verkeer kan worden bevolen): door middel van inbeslagneming, bijvoorbeeld bij een aanhouding of ter gelegenheid van een huiszoeking, of door middel van een bevel tot uitlevering, zij het dat aan de verdachte in het kader van het strafproces geen bevel tot uitlevering van stukken mag worden gegeven. Titel IV, 4^e afdeling van het voorontwerp Ort was geheel gewijd aan deze “middelen ter verkrijging van stukken van overtuiging”. Artikel 189 e.v. handelde over het bevel tot uitlevering van stukken en art. 197 e.v. over huiszoeking ter inbeslagneming.

Wat betreft het kostenaspect bepaalde art. 189 dat de kosten van de overbrenging van de op bevel uitgeleverde stukken als ‘gerechtskosten’ werden beschouwd. (Over de vergoeding van eventuele andere schade tengevolge van de uitlevering van stukken of tengevolge van een huiszoeking en een mogelijke inbeslagneming in dat verband, werd met geen woord gerept. Zie hieronder.)

Gezien de gekozen systematiek betreffende het kostenaspect van het strafproces (zie de vorige paragrafen), moest ook de regeling omtrent de kosten van uitlevering of overbrenging van stukken waartoe was bevolen, daaraan worden aangepast. Het in het O.R.O. opgenomen artikel 554, dat daarop betrekking had, sprak dan ook niet langer van ‘gerechtskosten’ (daarvan werd immers niet meer gesproken in het ontwerp), maar van een ‘vergoeding’ van de gemaakte kosten.

Dit (uiteindelijk tot artikel 592 Sv vernummerde) artikel is één van de weinige artikelen van het Wetboek van Strafvordering die betrekking hebben op ‘gerechtskosten’, en die voorzien in een zekere schadeloosstelling van derden, rechtstreeks ten laste van de Staat.¹⁵² Terwijl de regelingen omtrent andere ‘gerechtskosten’¹⁵³ werden geacht niet langer

¹⁵¹ Zie Blok en Besier, a.w., deel 1, p. 133.

¹⁵² Zie ook art. 48 (vergoeding toegevoegde raadslieden) en art. 234 lid 3 (vergoeding ten laste van de Staat, voor de door de verdachte benoemde tegendskundige in het kader van een GVO). Echter, deze artikelen hebben niet zozeer betrekking op ‘gerechtskosten’, maar op kosten van de verdediging, die in dit geval (afgezien van art. 591) bij wijze van uitzondering door de Staat worden vergoed. De regeling betreffende de schadeloosstelling van getuigen/deskundigen die zijn opgeroepen door het OM of de rechter (die dus wel als ‘gerechtskosten’ kan worden beschouwd) is wel uit de wet geschrapt, en is te vinden in de Wet tarieven in strafzaken en het Besluit tarieven in strafzaken.

¹⁵³ Zoals de regeling van de schadeloosstelling van de – van overheidswege opgeroepen – getuigen, die nog in het voorontwerp was te vinden; zie voorontwerp Ort art. 159: Wanneer een getuige schadeloosstelling vraagt, zal deze door den rechter-commissaris worden begroot op vertooning van de akte van dagvaarding.

thuis te horen in het Wetboek van Strafvordering en elders werden ondergebracht, gebeurde dat niet met de regeling omtrent de vergoeding van kosten in verband met uitlevering of overbrenging van stukken van overtuiging. Het is niet geheel duidelijk wat daarvan de ratio is; het betreft immers kosten met een vergelijkbaar karakter: kosten die de overheid zelf heeft moeten maken ten behoeve van de materiële waarheidsvinding.

Voor (andere) schade tengevolge van een huiszoeking of een inbeslagneming werd – zoals gezegd – geen voorziening getroffen. De vanzelfsprekendheid, dat deze schade voor rekening van de gedupeerde bleef, kan worden afgeleid uit de overwegingen ter zake van de schadevergoedingskwestie in verband met de preventieve hechtenis. Zie daarvoor de discussies over dit onderwerp in de 28^e en 29^e vergadering van de Commissie Ort (par. 4.1.2). Zo had de heer Dresselhuys “...eenige bedenking tegen het stelsel door den heer Simons ontwikkeld, dat consequent doorgevoerd b.v. ook tot vergoeding der schade, toegebracht bij papier-onderzoek, afzetting van woningen, huiszoeking, plaatsing ter observatie in een krankzinnigengesticht enz. enz. zou moeten leiden.” Tussen de regels door leze men: “en dat zou ondenkbaar zijn.”

Zie ook de Memorie van Toelichting over deze kwestie, waar bij wijze van samenvatting van de discussies binnen de Commissie Ort terzake, werd gesteld:

“... Gewezen wordt op eene analogie, welke zou bestaan met de verplichting tot schadevergoeding bij onteigening ten algemeenen nutte. Ook bij onteigening begaat de Staat geene onrechtmatige daad, doch zou dat wellicht wel doen, indien hij te dier zake geene schadevergoeding zou toekennen.

Tegen dit betoog moet echter gelden, dat de Staat, behoorlijk handelend ten algemeenen nutte, in het algemeen niet verplicht is, de daardoor veroorzaakte schade te vergoeden, zij het ook, dat zulks, op goede gronden, bij onteigening geschiedt. Elk oogenblik wordt door het optreden van publiekrechtelijke organen, b.v. van de gemeente – men denke aan uitbreiding van steden – aan particulieren schade toegebracht, welke niet wordt vergoed. Ook de schade, veroorzaakt door rechtmatige strafvorderlijke maatregelen, als de openbaarheid van het proces, vernietiging of onbruikbaarmaking van middel of voorwerp van eenig strafbaar feit, inbeslagneming, papierenonderzoek, huiszoeking, binnendringen van woningen en dergelijke, wordt voor rekening van de belanghebbenden zelf gelaten.”

Dat voorts het gedogen van een schouw of een huiszoeking (of een andere inbreuk op het huisrecht) als een burgerplicht werd beschouwd, kan worden geïllustreerd met een citaat uit de 14^e vergadering van de Commissie Ort (p. 18):

“De heer DRESSELHUYS wijst er op, dat dat huisrecht toch reeds met het oog op allerlei wetten (belastingwetten, drankwet enz.) een vrij chimaeriek instituut is (een hersenschim is (NK)).¹⁵⁴ Het is op zich zelf ook zoo erg niet dat een opsporingsambtenaar in iemands huis komt. Stel, dat iemands dienstbode wordt verdacht van kindermoord, wat is er nu voor bezwaar, dat de justitie naar sporen komt zoeken. Het is burgerplicht, de justitie bij haar onderzoek te steunen. (...)”

¹⁵⁴ De ‘wetgevingsspiraal’ waar D.V.A. Brouwer onlangs op wees, deed zich kennelijk toen al gelden. Zie D.V.A. Brouwer, *Dwangmiddelen in Bijzondere Wetten*, Deventer 1999.

VERPLAATSING VAN SCHADE EN KOSTEN

Naar de redenen waarom dat alles niet geldt voor bijvoorbeeld de kosten van overbrenging en uitlevering van stukken van overtuiging of de kosten die getuigen moeten maken, kan men alleen maar gissen. Wellicht liggen daaraan niet zozeer inhoudelijke als wel doelmatigheidsoverwegingen ten grondslag. Immers, in deze laatste gevallen is een actieve medewerking van burgers nodig. Een beroep op de ‘burgerplicht’ zal in die gevallen niet altijd voldoende zijn. Aan positieve of negatieve prikkels valt dan niet te ontkomen. In andere gevallen heeft de burger het overheidsoptreden slechts te gedogen, zodat dergelijke doelmatigheidsoverwegingen daarvoor niet gelden.

4.6 De proceskosten van de beledigde partij

Tot slot nog een enkel woord over de proceskosten die gepaard gaan met de voeging van de beledigde partij in het strafproces.

In het voorontwerp van Ort waren daarover de volgende artikelen te vinden:

Art. 390, eerste lid (vgl. art. 203 Sv 1886):

De beledigde partij kan zich, op hare kosten, doen vertegenwoordigen door eenen gemachtigde en zich doen bijstaan door eenen raadsman. (...)

Art. 394 (vierde en vijfde lid):

Bij toewijzing der vordering veroordeelt de rechtbank den beklaagde in de kosten door de beledigde partij gemaakt. Hieronder zijn niet begrepen de kosten welke de rechtbank verklaart onnodig te zijn gemaakt noch de kosten, veroorzaakt door de vertegenwoordiging of den bijstand, vermeld in het eerste lid van artikel 390.

Bij gedeeltelijke toewijzing kan de rechtbank de kosten gedeeltelijk doen blijven ten laste van de beledigde partij. Bij geheele of gedeeltelijke ontzegging veroordeelt de rechtbank de beledigde partij in het geheel of een deel der kosten door den beklaagde te zijner verdediging tegen de vordering gemaakt, met uitzondering van die kosten welke de rechtbank verklaart noodeloos te zijn gemaakt.

Dat laatste werd als volgt toegelicht:

“Ten slotte is in de beide laatste leden van het artikel eene regeling omtrent de veroordeeling in de kosten ontworpen. Deze regeling houdt, met inachtneming van de bepaling van het eersten lid van artikel 390, rekening, eensdeels met de onkosten die door de beledigde partij kunnen gemaakt zijn bij de naar artikel 391 aan haar veroorloofde overlegging van stukken en de kosten van gerechtelijke tenuitvoerlegging van het vonnis, in zoover het de toewijzing der vordering inhoudt, anderdeels met de door den beklaagde voor zijne verdediging tegen de civiele vordering gemaakte, noodig geworden onkosten.”¹⁵⁵

¹⁵⁵ Art. 390-1, waarnaar werd verwezen, moest worden gelezen als: “De beledigde partij kan zich *op hare kosten* (curs. NK) doen vertegenwoordigen of doen bijstaan door een advocaat”. Zie 38^e vergadering Cie. Ort, p. 15 (NK).

Over dit aspect is in de Commissie Ort niet van gedachten gewisseld. De artikelen zijn – enigszins redactioneel gewijzigd – overgenomen in het ontwerp van de Commissie Ort, als art. 326 en 330 (lid 3, 4, 5).

In het ontwerp was dus rekening gehouden met de opmerkingen die De Pinto had gemaakt bij art. 203 e.v. van het herziene wetboek van 1886 (zie par. 3.1.6). Dat wil zeggen dat in het voorgestelde stelsel van de Commissie Ort rekening werd gehouden met de kosten die waren verbonden aan de overlegging van stukken, en de kosten van de executie van de bij het vonnis toegewezen vordering van de beledigde partij (kosten die in het stelsel van 1886 over het hoofd waren gezien). Het toentertijd in art. 203¹⁵⁶ opgenomen 'op hare kosten' kon vervolgens weer worden geschrapt, aangezien in art. 330 lid 4 voldoende tot uitdrukking kwam dat de kosten van de rechtsbijstand die de beledigde partij had gemaakt, voor diens eigen rekening kwamen. Daarmee was men, wat deze kwestie betreft, weer min of meer teruggekeerd tot het regeringsontwerp (art. 221n en 221s) dat ten grondslag had gelegen aan het herziene wetboek van 1886.

Dit intermezzo toont nog eens aan, dat sommige wortels van het (ontwerp) Wetboek van Strafvordering 1926 reiken tot in een ver verleden. Echter, dat die wortels vervolgens ook, door een wat andere invalshoek te kiezen, als het ware met één pennenstreek konden worden doorgesneden, blijkt uit de aanpassing van het ontwerp terzake, naar aanleiding van de wens van enkele leden van de Commissie van Voorbereiding. Die zouden liever zien, dat “de regelen van het civiel proces ten aanzien van veroordeeling in de proceskosten *tot aan* (curs. NK) de uitspraak gevallen, ook hier worden gevolgd.”¹⁵⁷ De Minister gaf aan die wens gevolg en schrapte dan ook de bepaling dat de kosten van de beledigde partij, betreffende zijn vertegenwoordiging of rechtsbijstand, voor rekening van de beledigde partij zelf bleven. Deze kosten behoorden dientengevolge dus tot de kosten waarin de rechter de veroordeelde, bij toewijzing van de vordering van de beledigde partij, kon veroordelen. Blok en Besier schrijven daarover: “Dit mag eenige verwondering baren, daar de gedingvoering der beledigde partij zoowel door de eenvoudigheid der regeling als door de hiermede samenhangende beperking ten aanzien van het te vorderen bedrag de meeste overeenkomst vertoont met die voor het Kantongerecht, waarbij de veroordeeling van den verliezer in de kosten der tegenpartij voor vertegenwoordiging of bijstand juist niet plaats vindt.”¹⁵⁸

De ‘regelen van het civiel proces’ waar de Commissie van Voorbereiding op doelde, betroffen onder meer art. 56 lid 3 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering. Deze bepaling hield in dat de verliezende partij slechts kon worden verwezen in de kosten die waren gemaakt vóór de uitspraak. De kosten van de executie van het vonnis – voorzover dat een toewijzing van de civiele vordering inhield – konden dus, als gevolg van de

¹⁵⁶ Vergelijkbaar met art. 326 van het ontwerp van de Cie. Ort.

¹⁵⁷ Zie Verslag Commissie van Voorbereiding, 1917-1918, no. 77, no. 1, p.116 bij art. 330.

¹⁵⁸ Zie Blok en Besier, a.w., deel 2, p. 116.

VERPLAATSING VAN SCHADE EN KOSTEN

bovenbeschreven wijziging van artikel 330 O.R.O., niet meer aan de veroordeelde in rekening worden gebracht en bleven derhalve voor rekening van de beledigde partij zelf.¹⁵⁹ Een deel van de boven aangehaalde opmerkingen van De Pinto, werd dus alsnog 'overruled'.

Tot de kosten van de beledigde partij waarin de rechter de veroordeelde kon verwijzen, behoorden evenmin de kosten van afschriften van de processtukken die aan de beledigde partij op zijn verzoek werden uitgereikt. Ook die waren voor rekening van de beledigde partij zelf. Aanvankelijk was in het ontwerp niet voorzien in het recht van de beledigde partij om processtukken in te zien of daarvan afschriften te ontvangen. Bij amendement Reijmer kwam daarin verandering.¹⁶⁰ Aan artikel 326 werd toegevoegd:

Nadat de zaak ter terechtzitting is aanhangig gemaakt, kan zoowel de beledigde partij als haar advocaat, ter griffie inzage nemen van de processtukken, zonder de voortzetting der zaak op te houden.

De beledigde partij kan van deze stukken, voor zooverre zij dit verlangt, ten haren koste afschriften doen nemen.

Bij onvermogen, ter beoordeeling van de rechtbank, kan deze gelasten dat de afschriften, welke de beledigde partij nodig heeft, kosteloos worden afgegeven.

De strekking van het amendement was – aldus de heer Reijmer – om buiten twijfel te stellen dat de beledigde partij recht heeft inzage van stukken te nemen.

De Minister had geen bezwaar, zodat het amendement werd overgenomen en daarover verder geen beraadslaging meer volgde.

Het kostenaspect werd geregeld conform art. 32 lid 4 O.R.O. (het recht van de verdachte op inzage in, en eventuele kosteloze afschriften van processtukken; zie par. 4.4, laatste tekstblok). Echter, in de definitieve versie van art. 32 lid 4 O.R.O. (art. 34 Sv) werd het kostenaspect ter regeling aan de Kroon opgedragen, en dus uit de wet geschrapt, terwijl wat betreft het onderhavige art. 326 O.R.O. het kostenaspect onderdeel bleef uitmaken van de definitieve versie van het (tot art. 333 Sv vernummerde) artikel en het geheel aan de rechter ter beoordeling werd overgelaten of de beledigde partij al dan niet in aanmerking behoorde te komen voor kosteloze afgifte van de gewenste stukken. Wat de ratio van deze verschillende benadering is, wordt niet geheel duidelijk, maar helemaal consequent lijkt het niet.

Ten slotte kan nog worden gemeld dat artikel 605 van het voorontwerp van Ort niet in het O.R.O. is opgenomen. Art. 605 lid 4 van het voorontwerp luidde:

Zoodra de uitspraak in herziening in kracht van gewijsde is gegaan, kan de belangstellende, naarmate geene of eene lagere schadevergoeding aan de beledigde partij is toegelegd, de teruggave van het betaalde of te veel betaalde terugvorderen.

¹⁵⁹ Zie ook Blok en Besier, a.w., deel 3, p. 121.

¹⁶⁰ Zie Handelingen Tweede Kamer, 71^e vergadering, 23 april 1920, no. 18, p. 1988.

Zoals in de toelichting bij het voorontwerp is te lezen, spreekt deze bepaling voor zichzelf. Echter, desondanks kwam het artikel niet voor in het O.R.O. In de Memorie van Toelichting bij het O.R.O.(p. 213) verantwoordde de regering dat als volgt:

“Buiten deze regeling (betreffende de herziening van vonnissen (NK)) werd voorts gehouden het geval, dat bij het gewijsde, tengevolge van herziening vernietigd, aan *de beledigde partij een schadevergoeding* is toegekend en deze geheel of gedeeltelijk is betaald. Waar het immers hier een geval van civiele rechtspraak, zij het ook ter gelegenheid van een strafgeding, betreft, schijnt er geene aanleiding te bestaan de gevallen van herziening voor burgerlijke zaken ("requeste civiel") bij deze gelegenheid incidenteel uit te breiden.”

Dat wil zeggen dat ook na een revisie de regels van het civiele recht, en in het bijzonder de regels betreffende het requeste civiel, van toepassing zijn op de civiele vordering van de beledigde partij. Dat heeft onder meer consequenties voor de vraag te wiens laste de proceskosten uiteindelijk zullen vallen. Vgl. art 394 Rv: Indien het requeste civiel wordt aangenomen, zal het vonnis worden herroepen en de partijen in denzelfden staat teruggebracht, in welken zij vóór het vonnis waren: (...). De beledigde partij loopt in dat geval dus alsnog het risico met terugwerkende kracht zijn eigen proceskosten te moeten dragen en zelfs te worden veroordeeld in de proceskosten van de gewezen verdachte.

5. Tot besluit

In dit onderzoek is onderzocht welke typen argumenten de wetgever – gedurende de wordingsgeschiedenis van het Wetboek van Strafvordering 1926 – ten grondslag heeft gelegd aan het aanvaarden of afwijzen van een wettelijke plicht tot de vergoeding van schade die voortvloeit uit strafvorderlijk overheidsoptreden, dan wel aan het al dan niet in rekening brengen van de kosten van het strafproces. Daartoe is een studie gemaakt van de 'schadeverplaatsingsconstructies' waarin was voorzien in de verschillende (ontwerp)Wetboeken van Strafvordering vanaf het begin van de 19^e eeuw. Uit de inventarisatie en analyse van de daaraan ten grondslag liggende 'rationes pro en contra' bleek dat er in de loop van de 19^e en het begin van de 20^e eeuw een verschuiving optrad in het relatieve gewicht dat aan de verschillende typen argumenten werd toegekend. De vraag wie de schade en de kosten van het strafproces behoorde te dragen en in hoeverre in dat verband uitzonderingen konden of moesten worden aanvaard op het beginsel 'ieder draagt zijn eigen schade' werd in de opeenvolgende wetgevingsproducten dan ook verschillend beantwoord.

Bij wijze van samenvatting zullen hieronder de meest opvallende verschuivingen worden geschetst en zullen daaraan enkele voorlopige conclusies worden verbonden.

Allereerst kan worden vastgesteld dat aanvankelijk (in het begin van de 19^e eeuw) sterk werd gehecht aan de 'vergeldende rechtvaardigheid' als maatstaf voor de vraag in hoeverre de overheid respectievelijk de verdachte de kosten en schade tengevolge van

VERPLAATSING VAN SCHADE EN KOSTEN

strafvorderlijk overheidsoptreden behoorden te dragen. Daarmee werd aangehaakt bij het 'traditionele' aansprakelijkheidsrecht. In de eventuele onrechtmatigheid (en verwijtbaarheid) van schadeveroorzakend strafvorderlijk overheidsoptreden werd de belangrijkste, zo niet de enige grond gezien voor een schadevergoedingsplicht voor de overheid, en in de strafbare handeling of in anderszins onrechtmatig/verwijtbaar handelen van de veroordeelde of andere participanten in het strafproces (de 'eigen schuld') de belangrijkste grond voor het in rekening brengen van de proceskosten dan wel het afwijzen van een schadevergoeding.

Daarin veranderde weinig in die zin, dat de 'onrechtmatigheid' en 'verwijtbaarheid' belangrijke criteria waren en bleven voor de vraag in hoeverre schade of kosten die voortvloeiden uit het strafproces, behoorden te worden verplaatst.

Voorts bleek dat enige eerste voorzichtige pogingen om uit oogpunt van menslievendheid of 'billijkheid' een ruimhartiger wettelijk schadevergoedingssysteem in het leven te roepen, het moesten afleggen tegen de uit oogpunt van beleid te verwachten negatieve bijeffecten daarvan. Voorstellen in die richting werden – afgezien van het ontbreken van een rechtsgrond daarvoor – aanvankelijk pertinent van de hand gewezen op grond van 'doelmatigheidsoverwegingen' en andere overwegingen die werden ontleend aan het 'algemeen belang' en de speciale zorgtaak van de overheid in dat verband.

Echter, de twijfel die zich al aan het begin van de 19^e eeuw begon af te tekenen, liet zich niet onderdrukken. Ook al had de overheid zich in voorkomende gevallen rechtmatig bediend van strafvorderlijke bevoegdheden, dan nog leek het niet altijd te rechtvaardigen dat de daaruit voortvloeiende schade voor rekening bleef van de gedupeerde die daarvan onverwijtbaar het slachtoffer was geworden. Meer en meer begon zich de vraag op te dringen of het traditionele aansprakelijkheidsrecht wel voldoende was toegesneden op de speciale publiekrechtelijke verhouding tussen de (bestraffende) overheid en de burgers. Men begon oog te krijgen voor andere gronden voor schadeverplaatsing (of het afwijzen daarvan) die niet waren ontleend aan de 'vergeldende rechtvaardigheid' maar aan andere beginselen van rechtvaardigheid, die - al dan niet blijkens de wet – de publiekrechtelijke verhouding tussen de overheid en burgers beheersten, althans behoorden te beheersen.¹⁶¹ Het was met name het beginsel 'gelijkheid voor publieke lasten' dat in dit verband in het vizier kwam en dat voor wat betreft de publiekrechtelijke schadeverplaatsingskwesties als het ware de ontworsteling aan het traditionele aansprakelijkheidsrecht belichaamde.¹⁶²

Echter, uit het verrichte onderzoek kan tevens worden afgeleid dat dit beginsel, dat uiteindelijk vrij algemeen werd aanvaard, geen absolute of doorslaggevende betekenis had voor het antwoord op de vraag of en in hoeverre de kosten en de schade tengevolge van

¹⁶¹ Vgl. de citaten van Scholten, Mom Visch, Coninck Liefsting en Leyds in de noten bij par. 4.1.1

¹⁶² In vergelijkbare zin o.a. V.V.R. van Bogaert en E.F. Stamhuis, 'De *rechter* aangesproken of de *Staat* verzocht; een pleidooi voor compensatie van schade tengevolge van rechterlijk optreden' in *NJB*, 14 april 2000, afl. 15, p. 796 - 804 en met name p. 802 - 803.

strafvorderlijk overheidsoptreden behoorden te worden verplaatst. Daarmee tekende zich een tweede significant verschil af tussen civielrechtelijke en publiekrechtelijke schadeverplaatsingsconstructies. Kenmerkte het ‘traditionele’ aansprakelijkheidsrecht zich door min of meer ‘standaard’ schadeverplaatsingsconstructies, die waren gebaseerd op algemeen aanvaarde rechtsbeginselen en opvattingen over rechtvaardigheid, in de publiekrechtelijke verhouding overheid-burgers leek daarmee niet te kunnen worden volstaan. Dat op grond van het beginsel ‘gelijkheid voor publieke lasten’ bijvoorbeeld een wettelijke plicht tot schadevergoeding na onteigening werd aanvaard, hield nog niet in dat datzelfde ook gold voor andere vormen van schade die voortvloeide uit rechtmatig overheidshandelen, zoals planschade of schade tengevolge van strafvorderlijk overheidsoptreden.

Uit tal van voorbeelden kan worden afgeleid dat het beginsel ‘gelijkheid voor publieke lasten’ (naast andere rechtsbeginselen, die onder meer waren ontleend aan het traditionele aansprakelijkheidsrecht, zoals het ‘verwijtbaarheidsbeginsel’), niet de doorslag gaf wat betreft de vraag wie de schade of kosten van het strafproces behoorde te dragen. Zo werd de veroordeling in de proceskosten, waarvan de rechtmatigheid buiten kijf stond¹⁶³, voornamelijk afgeschaft op grond van een financiële kosten-batenanalyse. En aan het vergoeden van de kosten van toegevoegde raadslieden en van een aantal verdedigingskosten lag niet zozeer de opvatting ten grondslag dat er iets onrechtvaardigs school in het belasten van verdachten (en andere participanten) met de kosten van een strafproces. Met het vergoeden van deze kosten werd veeleer beoogd te waarborgen dat elke – ook minder draagkrachtige – verdachte zich optimaal kon verdedigen, hetgeen bijdroeg tot het type strafproces dat de wetgever in die dagen voor ogen stond: een ‘eerlijk proces’ met een zeker ‘accusatoir karakter’. (Het feit dat wat betreft de vergoeding van reiskosten nog wel een onderscheid werd gemaakt tussen veroordeelden en niet veroordeelden lijkt nog een residu te zijn van het verwijtbaarheidsbeginsel, dat in sommige opzichten nog steeds een rol speelde in schadeverplaatsingskwesties in het kader van het strafproces.)

Ook de vergoeding die van staatswege werd toegekend aan getuigen en deskundigen die door het OM of de rechter waren opgeroepen, en de vergoeding van de kosten van de overbrenging van stukken van overtuiging, moeten in dat licht worden gezien. Het feit dat voor deze kosten wél een wettelijke vergoedingsregeling werd getroffen, maar niet voor schade die derden hadden geleden tengevolge van strafvorderlijk overheidsoptreden dat ze ‘slechts’ hadden te gedogen (huiszoeking, inbeslagneming, etc.), doet vermoeden dat overwegingen van rechtvaardigheid hierbij zelfs nauwelijks een rol hebben gespeeld (vgl. par. 4.5 onderaan: actieve medewerking vereist positieve of negatieve prikkels, voor gedogen geldt dat niet). Ten slotte kan nog worden gewezen op de schadevergoedingsregeling van art. 89 e.v. en art. 481 Sv. Preventief gehechten die vervolgens niet werden veroordeeld, en zelfs onschuldig veroordeelden, werden niet

¹⁶³ Vgl. De Pinto in par. 3.1.4, laatste pagina.

VERPLAATSING VAN SCHADE EN KOSTEN

geheel schadeloos gesteld. Er werd uit financiële overwegingen voor gekozen te voorzien in slechts een gedeeltelijke tegemoetkoming in de geleden schade.

In de onderzochte periode hebben dergelijke pragmatische overwegingen en andere overwegingen die zijn ontleend aan ‘het algemeen belang’ en de speciale zorgtaak van de overheid in dat verband, steeds een belangrijke rol gespeeld bij de vraag wie de schade en kosten tengevolge van strafvorderlijk overheidsoptreden behoorde te dragen. Het feit dat het beginsel ‘gelijkheid voor publieke lasten’ in die periode aan betekenis won, doet daar niet aan af en heeft in ieder geval niet geleid tot een algemene rechtsplicht om schade tengevolge van rechtmatig overheidshandelen te vergoeden. Voorzover de wetgever een recht op schadevergoeding construeerde, werd dat in veel gevallen in de sleutel van de ‘billijkheid’ gezet. De vraag is hoe dat moet worden begrepen. Moet het beroep op de billijkheid wellicht worden beschouwd als een zwakgebod van de wetgever omdat het leerstuk ‘schadevergoeding na rechtmatig overheidshandelen’ nog onvoldoende was uitgekristalliseerd en de tijd nog niet rijp was voor het ‘egalitébeginsel’ als publiekrechtelijke rechtsgrond voor schadevergoeding? Dat zou kunnen verklaren waarom allerhande ‘pragmatische’ argumenten vaak de doorslag gaven. Maar een andere benadering is ook denkbaar. Het begrip ‘billijkheid’ zou, in de publiekrechtelijke context gezien, kunnen duiden op een zelfstandige, typisch publiekrechtelijke grondslag voor schadeverplaatsing, met een zeker ‘open einde karakter’. Dat wil zeggen een grondslag als het product van enerzijds de in het publiekrecht geldende rechtsbeginselen en anderzijds de aan het publiekrecht inherente (fluctuerende) doelmatigheidsoverwegingen en andere overwegingen die aan het ‘algemeen belang’ zijn te ontlelen. Daar is veel voor te zeggen. Zo valt bijvoorbeeld niet te ontkennen dat de ‘dubbeltjeskwesitie’ in dit verband een meer of minder prominente rol speelt naarmate de financiële armslag van de overheid kleiner of groter is. De overheid kan nu eenmaal niet verder springen dan de financiële polsstok lang is.

Vanuit deze laatste invalshoek bezien lijken er goede gronden te zijn om de beantwoording van de vraag in hoeverre schade tengevolge van rechtmatig strafvorderlijk overheidsoptreden behoort te worden vergoed, niet over te laten aan het bestuur of de civiele rechter. Door zelf een regeling te treffen kan de wetgever (zo blijkt uit het onderzoek) daarin enerzijds de geldende publiekrechtelijke rechtsbeginselen verdisconteren, maar anderzijds ook de financiële afwegingen of andere ‘doelmatigheidsoverwegingen’ die zijn te ontlelen aan het algemeen belang. Daarmee kan de wetgever deze belangenafweging in eigen hand houden.¹⁶⁴ Koudwatervrees,

¹⁶⁴ Als voorbeeld van de – tot op zekere hoogte – afhankelijke opstelling van de wetgever kan worden gewezen op het in de inleiding (en onder noot 1) geciteerde arrest (HR 30 maart 2001, nr. C00/083HR). De Staat gaf daarin te kennen dat gepubliceerd beleid in deze ontbrak en er sprake was van wisselend (feitelijk gevoerd) beleid en verzocht daarom de HR duidelijkheid te verschaffen over de vraag of rechtens enige gehoudenheid bestaat tot het vergoeden van schade van derden in gevallen waarin het strafvorderlijk optreden rechtmatig

bijvoorbeeld vanwege de eventuele niet voorzienbare financiële consequenties van een wettelijke regeling, lijkt dan ook niet geheel op zijn plaats.

Maar ook vanuit een wat andere invalshoek is er veel voor te zeggen dat de wetgever in deze het initiatief naar zich toetrekt. Aan de hand van het onderzoek kunnen tendensen worden blootgelegd die duiden op een groeiende betekenis van bepaalde publiekrechtelijke beginselen, zoals het beginsel ‘gelijkheid voor publieke lasten’. Het is niet aannemelijk dat deze tendensen ten tijde van het concipiëren van het Wetboek van Strafvordering van 1926 al volledig waren uitgekristalliseerd, te meer daar de liberale rechtsstaat zich sindsdien heeft ontpopt tot een sociale verzorgingsstaat.¹⁶⁵ De wetgever zal dan ook terdege rekening moeten houden met het gewicht dat inmiddels wordt toegekend aan (o.a.) het beginsel ‘gelijkheid voor publieke lasten’. Zo kan daaruit voortvloeien dat het niet langer aanvaardbaar is gedupeerden die onverwijtbaar het ‘slachtoffer’ zijn geworden van rechtmatig strafvorderlijk overheidsoptreden, aan hun lot over te laten (de civiele rechter, het departement en de Nationale Ombudsman, maar ook de wetgever zelf hebben die conclusie tot op zekere hoogte al getrokken; zie de inleiding). Echter, zoals in par. 1 bleek: uitzonderingen op de regel ‘ieder draagt zijn eigen schade’ behoeven een juridische grondslag, dus een normatief oordeel en normatieve keuzes door de wetgever. Aangezien – zo kan uit het onderzoek worden afgeleid – die juridische grondslag voor schadeverplaatsing in het kader van het strafproces niet langer exclusief kan worden ontleend aan het ‘traditionele’ aansprakelijkheidsrecht (tenzij strafvorderlijk overheidsoptreden in de sleutel van de onrechtmatige daad kan worden gezet), ligt het voor de hand dat de wetgever daarvoor een nieuwe, speciaal op deze vorm van schadevergoeding toegesneden grondslag creëert. Dat deze wettelijke grondslag niet vanzelfsprekend een getrouwe kopie behoeft te zijn van de rechtsgronden waarop de civielrechtelijke schadevergoedingsconstructies zijn opgetrokken, en meer dan in het

is geweest en, zo ja, in welke gevallen de vergoedingsplicht bestaat en tot hoever deze strekt. (Zie de conclusie bij dit arrest, par. 2.1).

Zie voorts een reactie van de regering op verzoeken van de Nationale Ombudsman om een specifieke schadevergoedingsregeling na strafvorderlijk optreden te creëren: “(...) Omdat ik voorshands geen mogelijkheden zag deze kosten te financieren, heb ik besluitvorming over het concept-wetsvoorstel aangehouden in de hoop dat zou kunnen worden aangetoond dat de regeling op termijn budgettair neutraal of zelfs kostenbesparend zou zijn. Die hoop is, gelet op *ontwikkelingen in de jurisprudentie* (curs. NK), inmiddels weinig realistisch gebleken; zoals ook u bekend zal zijn heeft in de rechtspraak een kentering plaats gevonden in die zin dat strafvervolgung die niet in een veroordeling resulteert nog slechts onder buitengewone omstandigheden onrechtmatig is. Aldus bestaat niet langer aanleiding algemeen aan te nemen dat schade die niet langs de weg van art. 89 Sv kan worden vergoed, niettemin via de onrechtmatige daads-constructie voor vergoeding in aanmerking komt. (...) De toekomst van het wetsvoorstel zal voorlopig afhangen van de vraag of en in hoeverre de financiële gevolgen ervan kunnen worden gehonoreerd...”. Zie Kamerstukken II, 1996/97, 25275, nrs. 1-2 p. 167-168.

¹⁶⁵ Vgl. ook de partiële wijzigingen die sinds 1926 zijn doorgevoerd in de behandelde wettelijke schadeverplaatsingsconstructies.

VERPLAATSING VAN SCHADE EN KOSTEN

civiele aansprakelijkheidsrecht een ‘open einde’ karakter kan hebben, bleek uit het bovenstaande. Of een eventuele wettelijke schadevergoedingsregeling zal voorzien in een volledige schadeloosstelling, en of een eventuele wettelijke regeling al dan niet een ‘open einde’ karakter zal krijgen, hangt – zoals gezegd – voor een belangrijk deel af van de vraag in hoeverre de samenleving de mogelijke financiële consequenties daarvan, en voorts alle andere consequenties die het ‘algemeen belang’ raken, kan voorzien en kan of wil dragen. Die afweging moet bij uitstek tot de taken van de wetgever worden gerekend. Of deze afweging vervolgens moet leiden tot gedetailleerde wettelijke regelgeving of dat kan worden volstaan met ‘raam-wetgeving’ waarin een zekere ruimte wordt gelaten voor nadere invulling door het bestuur of de rechter (vgl. art. 89 e.v. Sv) is een andere kwestie. Ook dat zal afhangen van de vraag in hoeverre men bereid is in deze afstand te nemen van het ‘traditionele’ aansprakelijkheidsrecht en een zeker ‘open einde’ karakter van de (wettelijke grondslagen voor) publiekrechtelijke schadeverplaatsingsconstructies wil aanvaarden.

N.J.M. Kwakman

Groningen